

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL**



**TESIS DOCTORAL**

**Seguridad versus garantías procesales: ¿hacia un Derecho procesal del enemigo?**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA

PRESENTADA POR

**Carmen Ladrón de Guevara Pascual**

DIRECTOR

**Julio Banacloche Palao**

Madrid, 2018

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL



**TESIS DOCTORAL**

**Seguridad versus garantías procesales:  
¿hacia un Derecho procesal del enemigo?**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**Carmen Ladrón de Guevara Pascual**

Director

D. Julio Banacloche Palao

**Madrid, 2017**

# **UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

FACULTAD DE DERECHO

**DOCTORADO EN DERECHO PROCESAL**



**TESIS DOCTORAL**

**Seguridad versus garantías procesales:  
¿hacia un Derecho procesal del enemigo?**

Autor: Carmen Ladrón de Guevara Pascual

Director: Dr. D. Julio Banacloche Palao

*A todas las víctimas del terrorismo*

## **AGRADECIMIENTOS**

Al profesor D. Julio Banacloche Palao, a mi familia y a todas las personas que, con su ayuda y apoyo, han hecho posible que finalmente esta Tesis Doctoral viera la luz.

## **ÍNDICE**

<b>RESUMEN .....</b>	<b>10</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>14</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>18</b>
<b>PRIMERA PARTE: ¿QUÉ ES EL DERECHO DEL ENEMIGO? .....</b>	<b>22</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO - DERECHO PENAL DEL ENEMIGO .....</b>	<b>22</b>
<b>1.1. Concepto y origen.....</b>	<b>22</b>
1.1.1. Origen de la teoría del Derecho penal del enemigo .....	22
1.1.2. Rasgos definitorios del concepto de Derecho penal del enemigo.....	28
<b>1.2. Fundamento de la teoría del Derecho penal del enemigo .....</b>	<b>33</b>
1.2.1. Fundamentos filosóficos de la teoría del Derecho penal del enemigo.....	33
1.2.2. Opiniones en contra de la teoría del Derecho penal del enemigo .....	40
<b>1.3. Finalidad de la teoría del Derecho penal del enemigo .....</b>	<b>49</b>
<b>1.4. Naturaleza jurídica .....</b>	<b>51</b>
<b>1.5. Requisitos subjetivos .....</b>	<b>53</b>
<b>1.6. Requisitos objetivos del Derecho penal del enemigo.....</b>	<b>58</b>
<b>1.7. Procedimiento para la determinación de la legitimidad de las medidas de Derecho penal del enemigo .....</b>	<b>60</b>
1.7.1. Líneas rojas para la legitimidad de las medidas propias del Derecho penal del enemigo .....	62
<b>1.8. Efectos .....</b>	<b>65</b>
<b>SEGUNDA PARTE. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO AL DERECHO PROCESAL .....</b>	<b>67</b>
<b>CAPÍTULO SEGUNDO - DERECHO PROCESAL DEL ENEMIGO .....</b>	<b>67</b>
<b>2.1. Concepto y origen del Derecho procesal del enemigo.....</b>	<b>67</b>
<b>2.2. Fundamento del Derecho procesal del enemigo: derecho a la seguridad ....</b>	<b>74</b>
<b>2.3. Finalidad del Derecho procesal del enemigo .....</b>	<b>81</b>

2.4. Eficacia del proceso penal versus salvaguarda de las garantías procesales	85
2.5. Límites: respeto a los principios y garantías .....	88
2.6. Limitación de derechos por terrorismo en el ordenamiento español.....	92
<b>CAPÍTULO TERCERO - EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN LA LUCHA</b>	
<b>CONTRA EL TERRORISMO .....</b>	<b>98</b>
3.1. Introducción.....	98
3. 2. Evolución legislativa en materia de antiterrorismo .....	100
3.2.1. Legislación correspondiente al periodo de la Restauración.....	100
3.2.2. Legislación correspondiente al periodo de la dictadura de Primo de Rivera	
.....	103
3.2.3. Legislación correspondiente a la II República.....	103
3.2.4. Legislación correspondiente al periodo del Franquismo .....	105
3.2.5. Legislación preconstitucional .....	115
3.2.6. Legislación de la Transición .....	122
3.2.7. Legislación postconstitucional.....	131
3.3. Conclusiones .....	148
<b>CAPÍTULO CUARTO - LEGISLACIÓN PROCESAL PARA LA LUCHA</b>	
<b>CONTRA EL TERRORISMO EN EL DERECHO COMPARADO .....</b>	<b>150</b>
4.1. Introducción.....	150
4.2. Legislación anterior al 11-S.....	152
4.2.1. Italia .....	152
4.2.2. Alemania .....	158
4.2.3. Reino Unido .....	163
4.2.4. Francia.....	170
4.2.5. EEUU .....	172
4.3. El frenesí legislativo después del 11-S .....	173
4.3.1. Italia .....	174
4.3.2. Alemania .....	177
4.3.3. Reino Unido .....	179
4.3.4. Francia.....	182

4.3.5. EEUU .....	188
<b>4.4. Conclusiones .....</b>	<b>193</b>
<b>TERCERA PARTE: LA SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS POR TERRORISMO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL .....</b>	<b>198</b>
<b>CAPÍTULO 5 - LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS POR TERRORISMO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL .....</b>	<b>198</b>
<b>5.1. Amparo constitucional a la suspensión individual de derechos.....</b>	<b>198</b>
<b>5.2. Requisitos formales para la suspensión de derechos .....</b>	<b>203</b>
5.2.1. Suspensión de derechos por medio de Ley Orgánica .....	204
5.2.2. Adecuado control parlamentario .....	207
<b>5.3. Requisitos subjetivos para la suspensión de derechos .....</b>	<b>211</b>
5.3.1. La suspensión debe realizarse de forma individual .....	212
5.3.2. A personas determinadas .....	212
5.3.3. Relacionadas con actividades vinculadas con bandas armadas o elementos terroristas.....	214
<b>5.4. Requisitos objetivos para la suspensión de derechos.....</b>	<b>217</b>
5.4.1. Necesario respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales	217
<b>5.5. Requisitos temporales para la suspensión de derechos .....</b>	<b>235</b>
5.5.1. Determinación del plazo legal .....	235
<b>5.6. Requisitos procedimentales para la suspensión de derechos .....</b>	<b>239</b>
5.6.1. Con la necesaria intervención judicial .....	239
<b>CAPÍTULO 6 - MEDIDAS ESPECÍFICAS LIMITADORAS DE DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES EN MATERIA DE TERRORISMO.....</b>	<b>246</b>
<b>6.1. Medidas penales: los tipos específicos relativos al terrorismo .....</b>	<b>246</b>
<b>6.2. Medidas relativas al órgano competente para conocer de los delitos de terrorismo .....</b>	<b>257</b>
6.2.1. Creación y naturaleza jurídica de la Audiencia Nacional.....	257



6.2.2. Ámbito objetivo de competencia de la Audiencia Nacional en materia de terrorismo .....	260
6.2.3. Especial protección de los Magistrados de la Audiencia Nacional .....	263
<b>6.3. Medidas relativas al órgano encargado de sostener la acción penal .....</b>	<b>266</b>
6.3.1. Fiscalía de la Audiencia Nacional.....	267
6.3.2. ¿Fiscal especial contra el terrorismo? .....	268
6.3.3. Especial consideración de las Asociaciones Víctimas del Terrorismo cuando actúan como acusación .....	270
<b>6.4. Medidas especiales antiterroristas previstas en la fase de instrucción.....</b>	<b>273</b>
6.4.1. Medidas de investigación vulneradoras de derechos fundamentales.....	273
A) Entrada y registro.....	273
B) Intervenciones telefónicas.....	278
C) Otras medidas limitativas de derechos fundamentales .....	284
6.4.2. Medidas cautelares personales .....	290
A) En materia de detención.....	291
B) En materia de prisión provisional .....	311
C) En materia de suspensión de funciones .....	315
<b>6.5. Medidas especiales antiterroristas previstas en la fase de enjuiciamiento</b>	<b>316</b>
<b>6.6. Medidas especiales antiterroristas previstas en materia de recursos.....</b>	<b>319</b>
<b>6.7. Medidas especiales antiterroristas previstas en la fase de ejecución.....</b>	<b>320</b>
<b>CUARTA PARTE: EL MANTENIMIENTO DE ESTAS MEDIDAS EN EL FUTURO.....</b>	<b>328</b>
<b>CAPÍTULO 7 - JUSTIFICACIÓN Y VIGENCIA DE UNA RESPUESTA ESPECÍFICA ANTE LA AMENAZA TERRORISTA ¿VERDADERO DERECHO DEL ENEMIGO? .....</b>	<b>328</b>
<b>7.1. Justificación de una respuesta específica frente al terrorismo .....</b>	<b>328</b>
7.1.1 Justificación por razón de su necesidad social.....	328
7.1.2.- Justificación por razón de su eficacia .....	333
7.1.3.- Justificación por razón de los derechos de las víctimas del terrorismo.	336
<b>7.2. Justificación de la vigencia de esta respuesta específica.....</b>	<b>339</b>

7.2.1.- Situación actual de la amenaza terrorista en España y en Europa.....	339
7.2.2.- Análisis de la necesidad de mantener la vigencia de cada una de las medidas específicas previstas en la legislación española.....	341
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>345</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>359</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>378</b>

## **RESUMEN**

El presente estudio doctoral tiene por objeto determinar en qué medida una respuesta eficaz a la delincuencia terrorista implica, necesariamente, la adopción de leyes y medidas específicas que impliquen la restricción de los derechos individuales y en qué medida esta limitación debe considerarse como propia de lo conocido como Derecho del enemigo.

Los ataques del 11 de septiembre contra las Torres Gemelas de Nueva York y el Pentágono marcaron un punto de inflexión en la lucha contra el terrorismo. Después de los ataques en París, Bruselas o Niza, el terrorismo es de nuevo uno de los principales problemas de seguridad en Europa, lo que reaviva el debate sobre los límites de las políticas antiterroristas. Hasta los ataques de 2001 en Nueva York, la amenaza terrorista fue principalmente un fenómeno regional que afectó a algunos países de Europa, principalmente Gran Bretaña con el IRA y España con ETA. Los ataques del 11 de septiembre marcaron una evolución en la amenaza, transformándola en un fenómeno mundial que ha ido golpeando indiscriminadamente - y a gran escala - también las sociedades occidentales. Tras los últimos atentados terroristas en Europa, el debate sobre la seguridad frente a los derechos individuales ha retomado la agenda de nuestros gobiernos.

La percepción de inseguridad, tanto real por el elevado número de ataques como por el sentimiento cognitivo que genera en los ciudadanos, conlleva una serie de cuestiones que se plantean desde el punto de vista de la política criminal. Estas cuestiones esenciales serán el objeto del presente estudio: ¿Existe un derecho fundamental a la seguridad? ¿Pueden los derechos individuales de los ciudadanos ser restringidos para garantizar la seguridad colectiva de la sociedad? ¿Es esta restricción inevitable cuando la actividad criminal terrorista amenaza con socavar los fundamentos de la democracia? ¿Es legítima esta restricción? ¿Es efectiva esta restricción?

El estudio de doctorado está estructurado en tres partes y siete capítulos, con el objetivo de resumir la magnitud de la amenaza que el terrorismo representa para la seguridad, tanto en nuestro país como en los países vecinos, y analizar la respuesta que los Estados han ido ofreciendo.

El capítulo uno del presente estudio doctoral establece el marco teórico para la investigación. Este marco teórico se basa en la teoría propuesta por el profesor Günther Jakobs, principalmente en dos artículos: el primero, publicado en Alemania en 1985 bajo el título "Criminalización en la etapa pre-lesión de un derecho legal"; el segundo, "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo", publicado en Taipei en 2003 con motivo de la publicación del libro *Fundamentos y límites del derecho penal y del procedimiento penal*. Ambos artículos, aunque están escritos en alemán, son traducidos y publicados en español por los profesores Enrique Peñaranda Ramos y Manuel Cancio Meliá, respectivamente. El paradigma fundamental de la teoría del profesor Günther Jakobs se centra en establecer una diferencia entre el derecho penal que se aplicará a los enemigos y el derecho penal que se aplicará a los ciudadanos, a veces denominado como el derecho penal normal. Pero, ¿quiénes son esos enemigos? Para Günther Jakobs, los enemigos son todos aquellos que voluntariamente deciden ir más allá de las regulaciones emitidas por el Estado: terroristas, traficantes de armas, narcotraficantes, criminales organizados ... En la presente investigación nos centraremos en la figura de los terroristas, aunque será de aplicación para miembros de otras organizaciones criminales.

El capítulo segundo se centra en la aplicación de la teoría del Derecho Penal del Enemigo al Derecho Procesal Penal. Es particularmente importante destacar que, aunque la teoría del derecho penal del enemigo corresponde principalmente a aspectos del Derecho Penal sustantivo, también tiene ramificaciones que afectan a materias relativas al Derecho Procesal Penal. Por un lado, el Derecho Penal no puede entenderse completamente sin referencias al proceso; por otra parte, el derecho procesal penal no puede ser comprendido sin alusiones al derecho sustantivo. En consecuencia, el desarrollo de las políticas criminales se implementan tanto a través del derecho penal como del derecho procesal.

El capítulo tres analiza la evolución de la legislación, sobre este asunto en España, desde la Ley de 10 de julio de 1894 "Sobre los ataques a personas o los daños a objetos mediante dispositivos y sustancias explosivas" hasta la legislación actualmente vigente.

El capítulo cuatro se refiere al estudio de la legislación de derecho comparado centrada tanto en cuatro países europeos de nuestro entorno (Francia, Italia, Alemania y Reino Unido) como en Estados Unidos por su trascendencia a nivel mundial.

El capítulo cinco aborda las cuestiones planteadas anteriormente: primero, ¿existe un derecho fundamental a la seguridad ?; en segundo lugar, ¿pueden restringirse los derechos individuales reconocidos a los ciudadanos por el Estado de Derecho para garantizar la seguridad colectiva de los ciudadanos ?; tercero, ¿es esta restricción inevitable cuando la actividad criminal amenaza con socavar los fundamentos de la democracia ?; en cuarto lugar, ¿es legítima esta restricción ?; quinta ¿es esta restricción efectiva ?. El objetivo de este capítulo es establecer los límites de una respuesta específica al terrorismo, pero dentro del marco establecido por los principios fundamentales del Estado de Derecho.

El capítulo seis pretende dar respuesta a las tres primeras preguntas. Mientras que la cuarta y la quinta serán analizadas en el capítulo séptimo.

La aplicación de una respuesta específica para hacer frente a este tipo de delitos ha sido fuertemente rechazada por algunos sectores de la doctrina. Pero si bien es cierto que se ha escrito mucho sobre los efectos negativos del derecho penal del enemigo, cabe señalar que las críticas siempre se han hecho desde un punto de vista global, lo que ha dado como resultado el rechazo de la legislación antiterrorista en su conjunto. El presente estudio se centrará en el análisis de las medidas actualmente vigentes en la legislación española y en la consideración de los límites que deben establecerse, cuando se ponen en práctica medidas contra el terrorismo, para poder hablar de una respuesta legítima frente al terrorismo.

El estudio concluye señalando que una respuesta eficaz a la criminalidad terrorista necesariamente implicará la adopción de leyes y medidas específicas que impliquen la restricción de los derechos individuales. Esta restricción se presentará como necesaria e inevitable para garantizar el derecho a la seguridad que todos los Estados están obligados a garantizar a sus ciudadanos. La necesidad de esta legislación específica para combatir el terrorismo no implica necesariamente que se trate de situaciones de derecho excepcional propias de lo conocido como derecho del enemigo.

Las medidas específicas implican una limitación de los derechos fundamentales y de las garantías procesales, pero siempre deben tener en cuenta un límite bien definido: el respeto del contenido esencial del derecho fundamental. La defensa de la legitimidad de los Estados para articular respuestas específicas al terrorismo no significa defender que "todo es válido en la lucha contra el terrorismo". Tal legitimidad no es ilimitada, sino que radica en la existencia de límites claros para evitar excesos en las respuestas de los Estados. Por lo tanto, el primer objetivo de una estrategia antiterrorista, en el ámbito del Estado de Derecho, debe ser el mantenimiento de la democracia, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos fundamentales. Esta respuesta específica ha demostrado ser eficaz y, más allá de la obligación de los Estados de garantizar la seguridad de los ciudadanos, encuentra su justificación en el derecho a una justicia efectiva debida a las víctimas del terrorismo.

## **ABSTRACT**

The present doctoral study will aim to determine to what extent an effective response to the crime of terrorism necessarily entails the adoption of laws and measures that imply the restriction of individual rights and to what extent this limitation should be considered as pertaining to the Criminal Law of the Enemy.

The attacks of September 11, against the Twin Towers of New York and the Pentagon, marked a turning point in the fight against terrorism. After the attacks occurred in Paris, Brussels or Nice, Terrorism is again one of the main security problems in Europe and the debate around the limits of counterterrorist policies is reviewed. Until the 2001 attacks in New York, the terrorist threat was mainly a regional phenomena affecting a few countries in Europe, mainly Great Britain with the IRA and Spain with ETA. The attacks of September 11 marked an evolution in the threat, transforming it into to a worldwide phenomenon that has indiscriminately beaten - and on a massive scale – also Western societies. After the latest terrorist attacks in Europe the debate the security versus individual rights has taken up the agenda of our Governments.

The perception of insecurity, both real because of the high number of attacks and cognitive because of the feeling it generates in the citizens, entails a series of questions to be posed from the point of view of criminal policy. These essential questions will be the object of the present study: Is there a fundamental right to security? Can the rights guaranteed to citizens by the rule of law be restricted to ensure their safety? Is this restriction evitable when terrorist criminal activity threatens to undermine the foundations of democracy? Is this restriction legitimate? Is this restriction effective?

The doctoral study is structured in three parts and seven chapters, aiming to summarize the magnitude of the threat that terrorism poses for security, both in our country and in the surrounding countries and the response that the States have been offering.

Chapter one of the doctoral study sets the theoretical framework for research. This theoretical framework is based in the theory proposed by professor Günther Jakobs

mainly set out in two articles: the first one, published in Germany in 1985 under the title "Criminalization in the pre-injury stage of a legal right"; the second, "Criminal Law of the Citizen and Criminal Law of the Enemy", published in Taipei in 2003 on the occasion of the publication of the book "Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure". Both articles, although written in German, are translated and published in Spanish by Professors Enrique Peñaranda Ramos and Manuel Cancio Meliá respectively. The fundamental paradigm of the theory of professor Günther Jakobs focuses on establishing a difference between the criminal law to be applied to the enemies and the criminal law to be applied to the citizens, sometimes referred to as normal criminal law. But who are those enemies? For Günther Jakobs, enemies are all those who voluntarily decide to go beyond the regulations issued by the State: terrorists, arms dealers, drug dealers, organised criminals... In the present research we will focus on the figure of terrorists, but the above would apply to other members of criminal organizations.

Chapter two focuses on the application of the theory of the Criminal Law of the Enemy to the Criminal Procedural Law. It is particularly important to emphasize that although the theory of the criminal law of the enemy mainly corresponds to aspects of Substantive Criminal Law, it also has ramifications that affect matters pertaining to Criminal Procedural law. On the one hand Criminal Law can't be completely understood without references to the process; on the other hand criminal procedural law can't be comprehended without allusions to substantive law. Consequently, the development of criminal policies are implemented both through criminal law and procedural law.

Chapter three analyzes the development of legislation on this matter in Spain since Law of 10th July 1894 "On attacks on persons or damage to things by means of explosive devices and substances".

Chapter four refers to comparative law research focusing both on European countries (France, Italy, Germany and the United Kingdom) and the United States.

Chapter five goes over the questions raised above: first, is there a fundamental right to security?; second, can individual rights recognised to citizens by the rule of law



be restricted to ensure citizens safety?; third, is this restriction evitable when criminal activity threatens to undermine the foundations of democracy?; fourth, is this restriction legitimate?; fifth is this restriction effective?. The aim of chapter five is to set the limits for a specific response to terrorism, but within the framework established by the fundamental principles of the rule of law.

Chapter six provides an answer to questions from one to three. Chapter seven provides an answer to questions five and six, focussing on Spanish law and taking into account the duration of these measures.

The implementation of a specific response to tackle this type of crime has been strongly rejected by some sectors of the doctrine. But while it is true that much has been written finding fault with the criminal law of the enemy it should be noted that the criticism has always been made from a global point of view, resulting in the rejection of anti-terrorist legislation as a whole. The present study will focus in the analysis of these measures currently existing in Spanish laws, and in the consideration of the limits that must be set when counter terrorist measures are enforced.

The study concludes by pointing out that an effective response to the crime of terrorism will necessarily entail the adoption of laws and specific measures that imply the restriction of individual rights. This restriction will be presented as necessary and inevitable to guarantee the right to security that all States are obliged to guarantee to their citizens. The need for this specific legislation to combat terrorism does not necessarily imply that we are dealing with situations of exceptional law which is inherent to the criminal law of the enemy.

The specific measures involve a limitation of fundamental rights and procedural safeguards, but must always take into account a well defined limit: the respect of the essential content of the fundamental right. The defense of the legitimacy of states to articulate specific responses to terrorism does not mean defending the "everything is valid in the fight against terrorism". Such legitimacy is not unlimited but lies in the existence of clear limits to avoid excesses in the responses of States. Hence, the first objective of an anti-terrorist strategy, in the field of the rule of law, must be the maintenance of democracy, the rule of law and respect for fundamental rights. This

specific response has proved to be effective and, beyond the obligation of States to ensure the security of citizens, finds its justification in the right to effective justice owed to the victims of terrorism.

## INTRODUCCIÓN

El presente estudio versa sobre una cuestión que en los últimos tiempos ha adquirido nuevamente actualidad. Si los atentados del 11 de septiembre, contra las Torres Gemelas de Nueva York y el Pentágono, marcaron un punto de inflexión en la lucha contra el terrorismo, los últimos atentados acaecidos en París, Bruselas o Niza han hecho que, desgraciadamente, la amenaza del terrorismo vuelva a ser una de los principales problemas para la seguridad de los países europeos. Esta circunstancia ha provocado que el debate en torno a la seguridad y sus límites se reavive.

Hasta los atentados de Nueva York en 2001, la amenaza terrorista se limitaba a ser un fenómeno regional que afectaba a algunos países muy concretos de occidente, véase el caso del IRA en Gran Bretaña o el caso de ETA en España. Sin embargo, los atentados del 11 de septiembre supusieron una evolución en dicha amenaza, transformándola en un fenómeno de orden internacional que golpearía de manera indiscriminada -y en ocasiones masivamente- a las sociedades occidentales.

Los 11.774<sup>1</sup> atentados terroristas cometidos durante el año 2015 han hecho que el debate sobre la seguridad de nuestras sociedades haya vuelto a ocupar un puesto prioritario en las agendas de los gobernantes. De la misma manera, la circunstancia de que el número de víctimas mortales ocasionadas en el mismo año ascienda a la escalofriante cifra de 28.328<sup>2</sup>, de las cuales 157<sup>3</sup> víctimas se corresponderían con atentados cometidos en Europa, ha hecho que la sensación de inseguridad se haya incrementado entre los ciudadanos en los últimos tiempos.

Esta situación de inseguridad, tanto real por el elevado número de atentados como cognitiva por la sensación que genera en los ciudadanos, hace que

---

<sup>1</sup> Fuente: *National Consortium for the Study of Terrorism y Responses to Terrorism* (START), 2015, 2016.

<sup>2</sup> Fuente: *idem*.

<sup>3</sup> Fuente: Datos Asociación Víctimas del Terrorismo.  
Atentado 7/1/2015 contra la revista satírica Charlie Hebdo en París- 17 víctimas mortales.  
Atentado 14/2/2015 contra el centro cultural Krudttønden y la sinagoga de Krystalgade en Copenhague- 3 víctimas mortales.  
Atentado 13/11/2015 contra la sala Bataclan en París- 137 víctimas mortales.

necesariamente, desde un punto de vista jurídico y de política criminal, se planteen una serie de interrogantes que centrarán el objeto del presente estudio: ¿existe un derecho fundamental a la seguridad?, ¿se pueden sacrificar las garantías de los ciudadanos en un Estado de derecho para asegurar su seguridad?, ¿este sacrificio es inevitable para aquellos supuestos en los que la actividad delictiva amenace con socavar los cimientos propios de la democracia?, ¿es legítimo?, ¿es eficaz?

Las respuestas a estos interrogantes conforman el objeto del presente estudio doctoral partiendo necesariamente del marco teórico que nos ofrece la teoría del Derecho penal del enemigo enunciada, por primera vez, por el profesor alemán Günter Jakobs en 1985<sup>4</sup>. En términos generales, esta ha sido una teoría ampliamente rechazada por diferentes sectores de la doctrina. Pero si bien es cierto que ha sido mucho lo que se ha escrito en su contra, las críticas se han realizado siempre desde un punto de vista global, rechazando la teoría en su conjunto. Pocos han sido los autores que han procedido a un análisis individualizado de cada una de las medidas consideradas como de Derecho penal del enemigo. El análisis de cada una de estas medidas, actualmente vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, y la fijación de los límites que deben de establecerse a cada una de ellas, para su justificación y su mantenimiento en el futuro, centrarán la segunda parte del presente estudio.

Como hemos afirmado con anterioridad, el marco teórico lo encontramos fundamentalmente en la teoría del profesor Jakobs. Dicha teoría se encuentra principalmente enunciada en dos artículos: el primero de ellos, publicado en Alemania en 1985 con el título “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”; y el segundo, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, publicado en Taipei en 2003 con motivo de la publicación del libro *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure*. Ambos artículos, aunque escritos en alemán, se encuentran traducidos y publicados en lengua castellana por los profesores Enrique Peñaranda Ramos y Manuel Cancio Meliá respectivamente.

---

<sup>4</sup> JAKOBS, G.: “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, en *ZStW*, núm. 97, 1985, págs. 751-785; publicado en castellano como Jakobs, G.: “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, (traducción de Enrique Peñaranda Ramos), en Jakobs, G.: *Estudios de Derecho penal*, Civitas, 1997, págs. 293-324.

El paradigma fundamental de la teoría de Jakobs se centra en plantear un Derecho penal de enemigos frente a un Derecho penal de los ciudadanos, al que en ocasiones se refiere como *Derecho penal normal*. Pero ¿quiénes son esos enemigos? Para Jakobs, todos aquellos que deciden voluntariamente situarse al margen del Estado: terroristas, criminales que se dedican al tráfico de armas, de drogas o de personas..., en definitiva, la criminalidad organizada. En el presente estudio nos centraremos en la figura de los terroristas pero todo lo expuesto sería aplicable a miembros de otras organizaciones criminales.

Resulta de particular importancia subrayar que aunque la teoría del Derecho penal del enemigo se corresponde principalmente con aspectos propios de Derecho penal sustantivo, tiene también ramificaciones que afectan a cuestiones propias de Derecho procesal penal. De ahí que aunque el comienzo del estudio se refiera a cuestiones más propias de Derecho sustantivo, el objeto del mismo se centre en la aplicación de dicha teoría al Derecho procesal penal. Ciertamente es que el Derecho penal no puede entenderse sin el reflejo de ese derecho en el proceso ni el Derecho procesal penal entenderse sin su base en el derecho sustantivo. Es por ello que, tal y como comprobaremos, el desarrollo de las políticas criminales se ejecutan tanto a través del Derecho penal como del Derecho procesal. En palabras del profesor Alberto M. Binder: “El conjunto de instituciones que habitualmente llamamos “penales” (penales, procesales, penitenciarias, entre otras) no pueden, en modo alguno, ser analizadas de una forma independiente porque en su funcionamiento real actúan estrechamente interrelacionados. Cada uno de estos ámbitos forma parte del llamado “sistema penal”, integrados funcionalmente en virtud de una “necesaria coherencia político criminal”. Subraya que: “Dicho en palabra más sencilla: no se puede tener un Código Penal que responda a una orientación, un Código Procesal que responda a otra y una Ley Penitenciaria que responda a una tercera. La política criminal es la que va a plantear los grandes objetivos de todo el sistema y cada uno de los subsistemas debe ser coherente con la preservación de esos objetivos”<sup>5</sup>.

El peligro viene cuando, en el marco de esa política criminal fijada para hacer frente a un determinado tipo de criminalidad, el Estado procede a la instrumentalización

---

<sup>5</sup> BINDER, A.: *Introducción al Derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.

política del Derecho penal y del Derecho procesal penal. Dicho peligro debe de ser contrarrestado por los límites, al poder del Estado, que vienen recogidos en nuestra Carta Magna y que se concretan en una serie de derechos fundamentales y garantías de los ciudadanos que deben de ser respetados. De ahí que, en el presente trabajo, nos hayamos propuesto analizar cada una de las medidas consideradas como de Derecho del enemigo para, a la luz del respeto a los derechos fundamentales y a las garantías de todos los ciudadanos, concluir si nos encontramos realmente ante medidas excepcionales, que podrían ser calificadas como de Derecho del enemigo, o ante medidas específicas para hacer frente a una criminalidad excepcionalmente dañina.

Por último, y aunque este estudio se centra principalmente en el análisis de nuestra legislación actualmente vigente, no dejamos de lado ni el análisis de la evolución legislativa que en esta materia se ha producido en nuestro país ni el análisis de algunas de las medidas adoptadas por países de nuestro entorno. Como decíamos al comienzo, la situación de inseguridad producida tras los últimos atentados terroristas ha provocado que sean muchas y novedosas las medidas adoptadas por los diferentes países tanto de la Unión Europea como de EEUU.

## **PRIMERA PARTE: ¿QUÉ ES EL DERECHO DEL ENEMIGO?**

### **CAPÍTULO PRIMERO - DERECHO PENAL DEL ENEMIGO**

#### **1.1. Concepto y origen**

##### **1.1.1. Origen de la teoría del Derecho penal del enemigo**

Cuando se habla de la teoría del Derecho penal del enemigo se hace referencia al concepto doctrinal introducido por el profesor alemán Günter Jakobs en un artículo publicado, en 1985, en una revista jurídica en Alemania<sup>6</sup>. Posteriormente, han sido varios los trabajos del profesor en los que ha explicado su teoría general, manteniendo siempre los mismos rasgos definitorios e introduciendo pequeños matices como veremos a continuación<sup>7</sup>. En 1999, durante la celebración de un Coloquio de Derecho penal en Berlín, el profesor Jakobs reintrodujo en el debate su teoría sobre el Derecho penal del enemigo, la cual fue fuertemente rebatida por el resto de participantes<sup>8</sup>. Más

---

<sup>6</sup> JAKOBS, G.: “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, en *ZStW*, núm. 97, 1985, págs. 751-785; publicado en castellano como JAKOBS, G.: “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, (traducción de Enrique Peñaranda Ramos), en JAKOBS, G.: *Estudios de Derecho penal*, Civitas, 1997, págs. 293-324.

<sup>7</sup> JAKOBS, G.: “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart”, en Eser, A./Hassemer, W./Burkhardt, B.: *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, CH Beck, 2000, págs. 47 y ss., traducido al castellano como JAKOBS, G.: “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, (Traducción de Teresa Manso Porto), en AAVV.: *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 20, 1999, págs. 137 y ss., y publicado en forma de monografía por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000; así como en JAKOBS, G.: “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente” (comentario), (traducción de Teresa Manso Porto), en MUÑOZ CONDE, F (Coord. Versión española): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 53 a 64. Y por último en JAKOBS, G.: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho penal del enemigo*. Civitas, 2006 (2ª edición), págs. 21-56, traducido por Manuel Cancio Meliá del original en alemán JAKOBS, G.: “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, en Hsu, F.-H. (Ed.): *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure: an anthology in memory of professor Fu-Tseng Hung*, Taipei, 2003, págs. 41 y ss.

<sup>8</sup> El volumen con todas las ponencias presentadas en la Academia de Ciencias de Berlín-Brandeburgo en ese coloquio internacional celebrado los días 3 al 6 de octubre de 1999 se publicó en alemán a finales del año 2000 y en castellano, coordinado por MUÑOZ CONDE, F. en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, 2004.

recientemente, en el año 2005, esta teoría fue introducida de nuevo en el debate mediante dos artículos traducidos por el profesor Manuel Cancio Meliá y publicados en la obra de JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho penal del enemigo*. Civitas, 2006 (2ª edición). El primero de estos artículos, titulado “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht” (“Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”), fue publicado en el libro *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure: an anthology in memory of profesor Fu-Tseng Hung* en el año 2003 en Taipei. El segundo, se publicó con motivo de su participación en la convención anual de profesores de Derecho penal de lengua alemana<sup>9</sup>, en la que defendió su ponencia “Terroristen als Personem im Recht” (“¿Terroristas como personas en derecho?”) en una mesa redonda sobre el tema “Guerra contra el terror -consecuencia para el Derecho penal de un Estado de derecho-”.

En el primero de los trabajos, antes mencionado, el profesor Jakobs se refiere al empleo de la criminalización en los estadios previos a la lesión de bienes jurídicos y a la penalización de la esfera interna-privada del sujeto. En ese momento, Jakobs solo admitía excepcionalmente un Derecho penal de enemigos y una legislación de emergencia. El profesor justificaba ese sistema excepcional esgrimiendo el siguiente argumento: “En un Ordenamiento tal y como se encuentra establecido conforme a la Ley Fundamental, una persona es un ciudadano, es decir, un sistema que -aparte de su dotación psicofísica, que incluye hasta la piel- dispone de una esfera privada que consta, por ejemplo, de vestido, contactos sociales reservados, vivienda y propiedad (de dinero, herramientas, etc.). Denomino este ámbito privado la esfera civil interna. Junto a ella hay una esfera externa, a la que no solo pertenecen los derechos de intervención en asuntos públicos, lo que aquí resulta poco relevante, sino también -y esto es lo que importa- los contactos sociales no reservados y, además, los derechos a la utilización de bienes de uso común, a la salida y entrada del territorio, etc”<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> JAKOBS, G.: “Terroristen als Personen im Recht”, ponencia defendida en la mesa redonda sobre el tema “Guerra contra el terror-consecuencias para el Derecho penal de un Estado de derecho”, celebrada en el marco de la Strafrechtslehrerertagung (convención anual de profesores de Derecho penal de lengua alemana) celebrada en Frankfurt an der Oder el día 8.5.2005 y publicada en *ZStW* 117 [2005], fasc 4 (traducción al castellano por Manuel Cancio Meliá y publicada en JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho penal del enemigo*. Civitas, 2006 (2ª edición), págs. 57-83.

<sup>10</sup> JAKOBS, G.: “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, (traducción de Enrique Peñaranda Ramos), en JAKOBS, G.: *Estudios de Derecho penal*, Civitas, 1997, págs. 296 y 297.



De este modo, partiendo de la distinción entre la esfera interna, en la que en principio el Estado no podría inmiscuirse, y de la esfera externa de los ciudadanos, Jakobs introduce la categoría de *enemigos* para, en esos casos, justificar que se les prive de ese ámbito interno al no concedérseles el status de ciudadanos: “Si, por ejemplo, en la ya mencionada tentativa de participación del parágrafo 30 StGB se definen acuerdos previos como delitos, incluso si se realizan en condiciones de privacidad, v.gr. por personas entre las que medie amistad, se priva a los intervinientes, en esa medida, de su ámbito interno y se les trata como enemigos a los que no se concede el status de ciudadano. Ciertamente esto es útil para la protección de bienes jurídicos, pero por esta protección tiene que ceder una parte de su esfera interna. Una disminución semejante del sujeto pertenece a un Derecho penal de índole peculiar que se diferencia nítidamente del Derecho penal de ciudadanos: el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad”<sup>11</sup>.

En base a esto, formarían parte del Derecho penal de enemigos las criminalizaciones de actos preparatorios que se efectúen en el ámbito privado, algunos delitos contra la seguridad del Estado, las asociaciones criminales o terroristas, etc.

Jakobs concluye su artículo delimitando que el Derecho penal de enemigos solo se podría legitimar como “un Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente”. De esta manera, señala que “para concluir la exposición de mis ideas, que probablemente suenen algo liberales a la antigua usanza, acerca de un intento de definir los límites de la actividad del Estado, me permito efectuar una observación sobre lo contrario del Derecho penal de ciudadanos, esto es, sobre el Derecho penal de enemigos. Con ello no me propongo relativizar todas las afirmaciones anteriores mediante la recomendación de que el Estado no se atenga a las mencionadas ataduras cuando resulte oportuno. Las ataduras son constitutivas para el Estado de libertades; quien las desata, abandona el modelo de Estado. La existencia de *un Derecho penal de enemigos* no es signo, por tanto, de la fortaleza del Estado de libertades, sino un signo de que en esa medida simplemente no existe. Ciertamente, son posibles situaciones, que quizá se den incluso en este momento, en que las normas imprescindibles para un Estado de libertades pierden su poder de vigencia si se aguarda con la represión hasta

---

<sup>11</sup> JAKOBS, G.: “Criminalización en el estadio previo...”, op. cit., pág. 298.

que el autor salga de su esfera privada. Pero incluso entonces el Derecho penal de enemigos solo se puede legitimar como un Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente. Los preceptos penales a él correspondientes tienen por ello que ser separados estrictamente del Derecho penal de ciudadanos, preferiblemente también en su presentación externa. Así como la regulación de la incomunicación no ha sido, acertadamente incorporada a la StPO, el Derecho penal de enemigos tiene que ser también separado del Derecho penal de ciudadanos de un modo tan claro que no exista peligro alguno de que se pueda infiltrar por medio de una interpretación sistemática o por analogía o de cualquier otra forma en el Derecho penal de ciudadanos”<sup>12</sup>.

Como se puede observar desde este primer trabajo, Jakobs defiende la necesaria separación entre el Derecho penal de enemigos y el de ciudadanos, incluso desde su presentación externa, para poder evitar cualquier tipo de contaminación, pues considera que el Derecho penal del enemigo vulneraría los principios generales de nuestro Estado de derecho y que por ello es mejor separarlo.

Tal y como señalamos anteriormente, tras este primer trabajo, el profesor Jakobs reintroduce en el debate su teoría y lo hace en un coloquio sobre Derecho penal celebrado en Berlín en 1999. En su intervención, titulada “*La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente*”<sup>13</sup>, -tras un repaso sobre la función de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos sociales y sus vínculos con la ciencia, la política o la educación, y de definir la ciencia del Derecho penal como una ciencia práctica- se centra en la exposición de su teoría sobre la función preventiva de la pena y su efecto confirmador de la norma.

Es en este contexto, y en el del reconocimiento del estatus de persona como titular de una serie de derechos y obligaciones, en el que introduce en el debate su teoría sobre el Derecho penal del enemigo: “Quien quiera ser tratado como persona, debe de dar cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como tal. Si esta garantía no se da o incluso es denegada de forma expresa, el derecho penal pasa de ser la reacción de la

---

<sup>12</sup> JAKOBS, G.: “Criminalización en el estadio previo...”, op. cit., págs. 322 y 323.

<sup>13</sup> JAKOBS, G.: “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente” (comentario), (traducción de Teresa Manso Porto), en MUÑOZ CONDE, F (Coord. Versión española): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 53 a 64.

sociedad frente al hecho de uno de sus miembros a convertirse en una reacción frente a un enemigo. Esto no significa que entonces esté todo permitido, incluso una acción sin medida. Al contrario, al enemigo se le reconoce una personalidad potencial, de tal manera que en una lucha no puede superarse el límite de lo necesario. Pero eso aún permite mucho, todavía más que en la legítima defensa, en la que la defensa necesaria tiene que ser siempre reacción frente a una agresión actual, mientras que en el derecho penal de enemigos, como se va a mostrar a continuación, también se trata de la defensa frente a agresiones futuras”<sup>14</sup>.

Tras explicar el paradigma fundamental de su teoría, el profesor Jakobs, pasa a enunciar los rasgos definitorios de la misma: “El Derecho penal de enemigos sigue otras reglas distintas a las de un Derecho penal jurídico-estatal interno y todavía no se ha resuelto en absoluto la cuestión de si aquél, una vez indagado en su concepto, se revela como Derecho. Particularidades típicas del Derecho penal de enemigos son: 1) amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, el cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir, siendo aquí ejemplificadores los tipos de creación de organizaciones criminales o terroristas, o de producción de narcóticos por bandas organizadas; 2) falta de una reducción de la pena proporcional a dicho adelantamiento, por ejemplo, la pena para el cabecilla de una organización terrorista es igual a la del autor de una tentativa de asesinato, por supuesto aplicando la aminoración de la tentativa y sobrepasa de manera ostensible en la mayoría de los casos las penas reducidas de la tentativa previstas para los demás delitos de asociaciones terroristas; 3) paso de la legislación de Derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia, en la que de lo que se trataría es de combatir la delincuencia económica, el terrorismo, la criminalidad organizada, pero también -con alguna pérdida de contornos- delitos sexuales y otras conductas penales peligrosas, así como -abovedando todo- la delincuencia en general; 4) supresión de garantías procesales, constituyendo entretanto la incomunicación del procesado el ejemplo clásico”.

Según el profesor Jakobs, “con este lenguaje -adelantando la punibilidad, combatiendo con penas más elevadas, limitando las garantías procesales-, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, y queda el interrogante de

---

<sup>14</sup> JAKOBS, G.: “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal...”, op. cit., pág. 58.

quiénes son considerados como enemigos. El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delincuencia sexual; ya el antiguo delincuente habitual «peligroso» según el art. 20 a del Código penal alemán) o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas) o, principalmente, a través de su vinculación a una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente el tráfico de drogas o el ya antiguo “complot asesinato”), es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento”<sup>15</sup>.

En esta segunda obra, el profesor Jakobs perfila ya lo que se conocerá como su teoría general sobre el Derecho penal del enemigo, partiendo de la distinción entre ciudadanos y enemigos y del diferente tratamiento que, por parte del Derecho penal, se debe dar a unos y a otros. La novedad que, quizá, podemos encontrar en esta segunda publicación respecto de la primera, es que si mientras en el anterior artículo planteaba el Derecho penal de enemigos como algo excepcional, en este artículo se refiere a la existencia de enemigos frente a los cuales, necesariamente, las medidas policiales no serán suficientes, considerando la existencia del Derecho penal del enemigo como algo inevitable: “Así pues, la sociedad seguirá teniendo enemigos -visibles o con piel de cordero- deambulando por ella. A falta de seguridad cognitiva, una sociedad consciente de los riesgos no puede dejar de lado esta problemática; pero tampoco puede solucionarla solo a base de medidas policiales. Por ello, no existe ninguna alternativa al Derecho penal del enemigo que sea actualmente perceptible. La seguridad cognitiva, que en el Derecho penal de ciudadanos se puede regular de un modo simultáneo, se convierte en el Derecho penal de enemigos en el objetivo principal. En otras palabras, ya no se trata del mantenimiento del orden de personas tras irritaciones sociales internas, sino que se trata del restablecimiento de unas condiciones del entorno aceptables por medio de la -si se me permite la expresión- neutralización de aquellos que no ofrecen la mínima garantía cognitiva necesaria para que a efectos prácticos puedan ser tratados en el momento actual como personas. Es cierto que el procedimiento para el tratamiento de individuos hostiles está regulado jurídicamente,

---

<sup>15</sup> JAKOBS, G.: “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal...”, op. cit., págs. 58 y 59.

pero se trata de la regulación jurídica de una exclusión: los individuos son actualmente no-personas”<sup>16</sup>.

Por último, y en relación a la obra más reciente del profesor alemán, nos referiremos a su artículo: “*Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*” (ya que el análisis del otro artículo publicado junto a este, “¿Terroristas como personas en derechos?”, será analizado en otro apartado).

En este tercer artículo, Jakobs termina de perfilar su teoría en la que, aunque sigue manteniendo los principales rasgos definitorios de la misma, introduce algunos elementos novedosos sobre su teoría de la pena -en la que no entraremos en el presente estudio por excederse del objeto-, y algunos esbozos sobre los fundamentos iusfilosóficos de su teoría en relación con medidas propias de Derecho procesal penal, que serán analizados en sus apartados correspondientes.

En este trabajo, Jakobs desarrolla los rasgos definitorios de su teoría y entre otras ideas debemos destacar la diferenciación categórica que hace entre ciudadanos y enemigos: “El Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se combate por su peligrosidad”<sup>17</sup>.

#### 1.1.2. Rasgos definitorios del concepto de Derecho penal del enemigo

En primer lugar, debemos señalar la distinción que realiza Jakobs entre ciudadanos y enemigos, ya que dicha distinción sería la base para la existencia de un Derecho penal del ciudadano diferenciado de un Derecho penal del enemigo. El primero definiría y sancionaría infracciones de normas o delitos que llevan a cabo los individuos de un modo incidental y que, normalmente, son simple expresión de un abuso, por parte

---

<sup>16</sup> JAKOBS, G.: “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal...”, op. cit., págs. 60 y 61.

<sup>17</sup> JAKOBS, G.: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M: *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006, pág. 43.

de los mismos, de las relaciones sociales en que participan desde su estatus de ciudadanos, es decir, en su condición de sujetos vinculado a y por el Derecho. Jakobs estima que el Estado moderno ve en el autor de un hecho *normal* (el profesor aclara que el uso de la palabra normal es poco exacto) a un ciudadano, es decir, a “una persona que mediante su conducta ha dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado -de modo coactivo, pero en cuanto ciudadano (y no como enemigo)- a equilibrar el daño en la vigencia de la norma”<sup>18</sup>. El autor de un hecho *normal* ofrece, pese a todo, garantías de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, es decir, “como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico”<sup>19</sup>.

No ocurre lo mismo en aquellos casos en los que el autor de un hecho se muestra más bien como un “enemigo” de la sociedad. Aquí se trata de: “individuos que en su actitud, en su vida económica, o bien mediante su incorporación a una organización, se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de un modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona”<sup>20</sup>. Las actividades y la ocupación profesional de tales individuos no tienen lugar en el ámbito de relaciones sociales reconocidas como legítimas, sino que aquéllas son más bien la expresión y el exponente de la vinculación de tales individuos a una organización estructurada que opera al margen del Derecho y que está dedicada a actividades delictivas. Este es el caso, por ejemplo, de los individuos que están integrados en organizaciones terroristas, de narcotráfico, de tráfico de personas, etc., y, en general, de quienes llevan a cabo actividades típicas de la llamada criminalidad organizada. Los elementos característicos que servirían de base a las regulaciones específicas del Derecho penal del enemigo serían la habitualidad y la profesionalidad de las actividades de tales individuos, pero sobre todo su pertenencia a organizaciones enfrentadas al Derecho y al ejercicio de su actividad habitual o profesional al servicio de tales organizaciones. En definitiva, los enemigos se caracterizan: primero, porque rechazan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen su destrucción; y segundo, por su especial peligrosidad para el orden jurídico, dado que no ofrecen garantías de la mínima seguridad cognitiva, es

---

<sup>18</sup> JAKOBS, G.: “Derecho penal del ciudadano y...”, op. cit., pág. 36.

<sup>19</sup> JAKOBS, G.: “Derecho penal del ciudadano y...”, op. cit., pág. 37.

<sup>20</sup> JAKOBS, G.: “Derecho penal del ciudadano y...”, op. cit., pág. 40.

decir, su comportamiento ya no es calculable de acuerdo a las expectativas normativas vigentes en la sociedad. En palabras de Jakobs: “Si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal -determinado por derechos y deberes-, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente. Ello significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, del enemigo”<sup>21</sup>.

En este sentido, el profesor Fernando Miró destaca que el Derecho penal del enemigo definido por Jakobs: “Se caracteriza por tratarse de una intervención anticipada -tanto en la definición material del comportamiento desviado como en el procedimiento jurídico establecido para la averiguación de la infracción-, desproporcionada e inocuizadora, frente al sujeto que, negando reiteradamente el Derecho, persiste en su comportamiento asocial y sobre quien, por tanto, ya no existe una expectativa seria, con efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal conforme a derechos y deberes. El enemigo deja, así, de ser persona (ciudadano) y pasa a ser un individuo y, para la sociedad, una fuente peligro. Mientras que en el Derecho penal del ciudadano la pena “contradice el proyecto del mundo infractor de la norma: éste afirma la no-vigencia de la norma para el caso en cuestión, pero la sanción confirma que esa afirmación es irrelevante”; en el Derecho penal del enemigo se pretende contrarrestar la inseguridad que produce la falta de seguridad cognitiva de comportamiento conforme a la norma del enemigo, eliminando la fuente de peligro”<sup>22</sup>.

En segundo lugar, y en lo que respecta al concepto de enemigos según Jakobs, señalar que son individuos que se caracterizan: primero, porque rechazan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen su destrucción; y segundo, y a consecuencia de ello, por su especial peligrosidad para el orden jurídico, dado que tales individuos no ofrecen garantías de la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal, es decir, su comportamiento ya no es calculable conforme a las expectativas normativas vigentes en la sociedad.

---

<sup>21</sup> JAKOBS, G.: “Derecho penal del ciudadano y...”, op. cit., pág. 16.

<sup>22</sup> MIRÓ LLINARES, F.: “Persona o enemigo; vigencia real o postulada de las normas; Estado de derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro *Derecho penal del enemigo* de Günter Jakobs y Manuel Cancio Meliá, en *Revista de la Facultad de ciencias sociales y jurídicas de Elche*, Volumen I, Número 1, Julio 2006, págs. 133 a 163.

Es por ello, tal y como hemos señalado anteriormente, que dado que la existencia de enemigos en el sentido descrito es un hecho real, y puesto que la falta de seguridad cognitiva respecto de ellos -esto es, el peligro que los mismos representan para la vigencia del ordenamiento jurídico- es un problema que no puede ser resuelto por el Derecho penal ordinario (del ciudadano) ni tampoco con medios policiales, resulta necesaria -al considerar que no existe otra alternativa posible- la existencia de un Derecho penal del enemigo diferenciado en sus principios, en sus reglas e incluso, en su presentación externa.

En conclusión, el enemigo es un ciudadano que, por su posición, forma de vida o, quizá, por su pertenencia a una organización, ha abandonado el Derecho, no de forma incidental sino duradera, por lo que no garantiza la más mínima seguridad cognitiva, déficit que expresa a través de su conducta. Según Jakobs, si el número de enemigos aumenta y no se puede resolver el problema de la defectuosa seguridad cognitiva solo con medidas policiales, no se encontrará, en estos casos, otra alternativa al Derecho penal del enemigo ya que el ordenamiento jurídico no puede integrar a ciudadanos que no reúnen las mínimas garantías cognitivas imprescindibles para actuar como personas. Lo que implica necesariamente que, para Jakobs, los enemigos no serían considerados personas.

Esa diferenciación entre ciudadano y enemigo influye, necesariamente, en la naturaleza de las relaciones entre el ciudadano y el Estado, y el enemigo y el Estado, teniendo que ser esencialmente distinta una de la otra, según la teoría de Jakobs. Mientras que frente al ciudadano, el Derecho penal, reacciona ante un hecho cometido y castiga los ataques a los intereses jurídicos normativizados (bienes jurídicos); para afirmar la vigencia del Derecho frente al enemigo, el legislador actúa previniendo, atacando a un sujeto peligroso antes de que comete el hecho y buscando tutelar, como único interés, la pretendida seguridad de los ciudadanos. En palabras de Jakobs: “Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas”<sup>23</sup>. Esta distinta naturaleza, otorgada por Jakobs al Derecho penal del enemigo

---

<sup>23</sup> JAKOBS, G.: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G./ CANCIO MELIÁ, M.: en *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006, págs. 47.



frente al del ciudadano, marca las distintas características del primero en relación con las del segundo. Así, y frente a la reacción al delito y a la consecuente sanción de los comportamientos que niegan la norma en el Derecho penal de las personas, el de los enemigos se caracteriza por la anticipación en la tutela penal en cuanto a la definición de las conductas punibles, la desproporcionalidad entre el daño realizado y la pena aplicada y el no respeto a un proceso garantista en el procedimiento criminal que asegura la legitimidad de la intervención, convirtiéndose en un proceso que solo busca la eficacia de la investigación.

Por el contrario, frente a la inseguridad que ofrece el comportamiento del enemigo, el comportamiento del ciudadano que delinque “no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino solo como irritación de esta, como desliz reparable”<sup>24</sup>, y por ello, concluye Jakobs, “el Estado moderno ve en el autor de un hecho -de nuevo uso esta palabra poco exacta- normal, no a un enemigo al que ha de destruirse, sino a un ciudadano, una persona que mediante su conducta ha dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado -de modo coactivo, pero en cuanto ciudadano (y no como enemigo)- a equilibrar el daño en la vigencia de la norma”<sup>25</sup>. Esto es así “cuando el autor, a pesar de su hecho, ofrezca garantía de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, es decir, como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico”<sup>26</sup>. Por ello, en principio, “un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también al criminal, y ello por una doble razón: por un lado, el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su status como persona, como ciudadano, en todo caso: su situación dentro del Derecho. Por otro, el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad, dicho de otro modo, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho”<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> JAKOBS, G.: “Derecho penal del ciudadano y...”, op. cit., págs. 35 y 36.

<sup>25</sup> JAKOBS, G.: “Derecho penal del ciudadano y...”, op. cit., págs. 36 y 37.

<sup>26</sup> JAKOBS, G.: “Derecho penal del ciudadano y...”, op. cit., pág. 37.

<sup>27</sup> JAKOBS, G.: “Derecho penal del ciudadano y...”, op. cit., págs. 29 y 30.

Pero ¿cómo se produciría el paso de ciudadano a enemigo? Según el profesor Silva Sánchez: “El tránsito del ciudadano al enemigo se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas. Y en ese tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión fáctica de peligrosidad a la que habría que hacer frente de un modo expeditivo”<sup>28</sup>.

Con arreglo al modelo descrito, la función del Derecho penal actual consistirá en separar el Derecho penal del enemigo del de ciudadanos y, en esa medida, distinguir la valoración entre las acciones de las personas y las de las no-personas (enemigos). Para Jakobs, la función del Estado es esta: saber distinguir entre las acciones de las personas y de los enemigos para hacerles frente de una manera u otra.

## 1.2. Fundamento de la teoría del Derecho penal del enemigo

### 1.2.1. Fundamentos filosóficos de la teoría del Derecho penal del enemigo

Jakobs se refiere a los *fundamentos iusfilosóficos* de su teoría, de una manera somera, en su artículo “*Derecho penal del enemigo y Derecho penal del ciudadano*”<sup>29</sup>. Sin embargo, encontramos un análisis más profundo sobre los fundamentos filosóficos de la teoría del Derecho penal del enemigo en lo que el Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza, el profesor Luis García Martín<sup>30</sup>, ha escrito sobre la teoría del profesor alemán.

---

<sup>28</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La expansión del Derecho penal*, Civitas, 2001 (2ª Ed.), págs. 164 y 165.

<sup>29</sup> JAKOBS, G.: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G./ CANCIO MELIÁ, M, en *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006, págs. 27 y ss.

<sup>30</sup> GRACIA MARTÍN, L.: “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, RECPC 07-02 (2005) y GRACIA MARTÍN, L.: “El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo”, en libro *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas 2005, págs. 447 y ss.

Aunque el análisis de los fundamentos filosóficos de la teoría del Derecho penal del enemigo se escapan al objeto del presente estudio, sí consideramos relevante la realización de algunas consideraciones que vendrían a demostrar que la teoría de Jakobs encuentra sus orígenes en una sólida tradición filosófica.

La visión del delincuente como enemigo no es nueva, sino algo muy antiguo que ha permanecido a lo largo de la historia hasta nuestros días. Así, tal y como se refiere el profesor García Martín: “La consideración del delincuente como enemigo se puede entender presente ya en la teoría del pacto social de la sofística griega del siglo V a.c. En el mito de Prometeo, Zeus ordena “que al incapaz de participar del honor y la justicia lo eliminen como a una enfermedad de la ciudad”. En relación con ello, Protágoras rechaza en principio cualquier sentido retributivo del castigo y asigna a éste únicamente finalidades disuasorias y pedagógicas. No obstante, para quien no obedezca aun a pesar de haber sido castigado y enseñado (delincuente habitual), propone que se le expulse de la ciudad o que se le dé muerte como si se tratase de un incurable. Es decir, para este caso, Protágoras propone que el castigo se aparte de sus fines ordinarios de disuasión y educación, y que -como en el caso de los postulados actuales del Derecho penal del enemigo- el mismo se oriente solo a la neutralización o inocuización del delincuente. Por su parte, para el sofista del Anónimo de Jámblico solo la sumisión a la ley, o sea, el estado de legalidad, hace posible la vida en común. Para este sofista anónimo, el estado de legalidad es uno de los bienes supremos, pues “una legalidad debidamente establecida origina la confianza que produce grandes beneficios a toda la colectividad”. El estado de ilegalidad, por el contrario, es uno en que reinan la desconfianza y el riesgo permanente, lo cual da lugar a una falta de seguridad cognitiva de los comportamientos personales, y por ello, a que los hombres experimenten el temor y el miedo. Por esto, y puesto que “los hombres no son capaces de vivir sin leyes ni justicia”, a quienes no se someten a la ley les sobreviene la guerra que conduce a la sumisión y a la esclavitud con más frecuencia que a quien se rigen por una recta legalidad”<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> GRACIA MARTÍN, L.: “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, RECPC 07-02 (2005), págs. 12 y 13.

En la filosofía ética y política moderna encontramos, igualmente, la visión del que demuestra con sus hechos que no es capaz de regirse por el Derecho como un individuo y que, por ello mismo, tiene que ser expulsado de la sociedad. En particular, se trata de la idea de que el delincuente, o por lo menos determinados delincuentes, no tiene el status de ciudadano o la condición de persona.

En primer lugar, una mención a Hobbes. Probablemente sea en Hobbes donde podamos encontrar la diferenciación más nítida de un Derecho penal del enemigo con perfiles tan definidos que permitirían ver una anticipación del discurso presente. Para Hobbes, los enemigos son individuos que se encuentran en el estado de naturaleza, en el que la característica más sobresaliente, expresándolo con terminología moderna, sería la falta de seguridad cognitiva. Según el profesor Gracia Martín: “En Hobbes encontramos ya la mayor parte de las reglas concretas que deben configurar al Derecho penal del enemigo y que, desarrolladas actualmente por los defensores de tal Derecho, parecen encontrar una plasmación positiva en determinadas regulaciones legales de nuestro tiempo. Hobbes contabiliza entre los crímenes de lesa majestad que caen en el ámbito del derecho de guerra contra los enemigos a hechos que suponen un claro adelantamiento de la punibilidad al estadio previo, es decir, hechos que solo tienen el carácter de actos preparatorios. En efecto, como crímenes de lesa majestad, Hobbes menciona no solo a los actores contrarios a una ley fundamental, sino también a los consistentes en “hacer planes”, y a actos que muestran claramente los caracteres típicos de la provocación para la efectiva desobediencia del soberano. Por otro lado, mientras que un exceso de pena no puede ser considerado ya como castigo cuando se aplica a un ciudadano, sino que es más bien un acto de hostilidad, en el caso de los enemigos está justificado el daño desproporcionado, ya que el mismo no es infligido por vía de castigo, sino por derecho de guerra. El castigo de ciudadanos inocentes es contrario a la ley de naturaleza, pero no lo es en el caso del enemigo inocente, pues “en la guerra, la espada no hace distinciones, ni tampoco los hace el vencedor entre culpable e inocentes”; por ello, la venganza no solo debe aplicarse al rebelde, sino que también “a los padres [y] a la tercera y cuarta generación de descendientes suyos que aún no han nacido y que, en consecuencia, son inocentes del hechos por el que tienen que padecer. Hobbes define a lo largo de su obra determinadas garantías procesales, como la inexistencia de un deber de acusarse a sí mismo, al padre, a la esposa o al benefactor, la invalidez de la confesión obtenida mediante tortura, y, en cierto modo, la presunción de inocencia, al

entender contrario a la ley de naturaleza el castigo de un inocente. En Hobbes, no habría ninguna referencia explícita a la disminución de garantías procesales para los enemigos, pero ello tiene que ser una consecuencia necesaria si tenemos en cuenta que ésta es tal vez la característica más pronunciada del Derecho penal del enemigo en las concepciones actuales. Como observa Pérez del Valle, ello parece ser una consecuencia necesaria, pues el proceso contra los enemigos no tiene como fin la imposición de una pena, sino la venganza, y sería discutible que para una venganza en estado de guerra fueran necesarias garantías<sup>32</sup>.

En segundo lugar, reseñaremos a Rousseau que parece reconocer como enemigos, negándoles la condición de personas morales o de ciudadano, por lo menos a determinados delincuentes: “Todo malhechor, al atacar el derecho social, se convierte por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; deja de ser miembro de ella al violar sus leyes, y hasta le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se da muerte al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo. Los procedimientos, el juicio, son las pruebas y la declaración de que ha roto el pacto social y, por consiguiente, de que ya no es miembro del Estado. Ahora bien, como él se ha reconocido como tal, al menos por su residencia, debe ser separado de aquél mediante el destierro, como infractos del pacto, o mediante la muerte, como enemigo público; porque un enemigo así no es una persona moral, es un hombre, y entonces el derecho de guerra consiste en matar al vencido<sup>33</sup>”.

En tercer lugar, Kant contrapone el estado de naturaleza al estado de paz entre hombres que viven juntos o entre pueblos o Estados que se relacionan con otros. El estado de naturaleza es un estado de guerra en el cual existe una constante amenaza aun cuando no se hayan declarado hostilidades. Según Kant, la mera circunstancia de encontrarse un hombre en estado de naturaleza le convierte en enemigo, y ello es suficiente para legitimar la hostilidad contra él aun cuando no haya realizado una lesión de hecho, pues la mera omisión de hostilidades no es todavía garantía de paz. El

---

<sup>32</sup> GRACIA MARTÍN, L.: “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, RECPC 07-02 (2005), págs. 17 y 18.

<sup>33</sup> ROUSSEAU, J.J.: *El contrato social o Principios de derecho político*, Libro II, Capítulo V, edición con estudio preliminar y traducción de María José Villaverde, 4º Ed, Tecnos, Madrid, 2000, págs.. 34 y ss.

individuo, como tal, pertenece al orden natural; es el ser sensorial tal y como aparece en el mundo de la experiencia -el *homo phenomenon* en términos kantianos- y cabría ubicarlo en el estado de naturaleza hobbesiano. La persona, en cambio, no es algo dado por la naturaleza, sino la construcción social que se puede atribuir a los individuos.

Por último, mencionaremos a Fichte que formula la siguiente tesis: “Quien lesiona el contrato ciudadano en un punto donde en el contrato se contaba con su prudencia, sea voluntariamente o por imprevisión, pierde estrictamente de ese modo todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y queda completamente privado de derechos”<sup>34</sup>. Para compensar este postulado, propone un contrato de expiación entre todos que se convertiría en una norma para el poder ejecutivo y, en virtud del cual, todos se comprometen a no excluir al delincuente del Estado, sino permitirle expiar esta pena de otra manera. Este contrato de expiación, sin embargo, no rige en ningún caso para el reo de asesinato intencional y premeditado, con el cual debe procederse sin dilaciones a su exclusión absoluta.

Este repaso sobre algunos de los autores más destacados de la filosofía, tanto clásica como moderna, nos permiten extraer dos importantes conclusiones: la primera de ellas, la existencia de un importante aval histórico-filosófico como garantía de la doctrina del Derecho penal del enemigo; y en segundo lugar, nos permite comprobar que en la doctrina actual del Derecho penal del enemigo, apenas encontramos ideas nuevas ni fundamentaciones originales que justifiquen el desprestigio, cuando no el ataque frontal, que se ha llevado a cabo contra la doctrina de Jakobs por parte de algunos sectores de la doctrina.

Pero este aval histórico-filosófico a la teoría del Derecho penal del enemigo encuentra su reflejo en algunas voces actuales que se han mostrado partidarios a los postulados de Jakobs.

Entre los partidarios de la teoría de Jakobs destacan, fundamentalmente, tres de sus discípulos más cercanos: H.H. Lesch, N. Luhmann y B. Müssig. A ellos hace

---

<sup>34</sup> FICHTE, J.G.: *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, edición de Félix Meiner Verlag, Hamburg, 1960, pág. 253.

referencia el profesor Guillermo Portilla Contreras<sup>35</sup> en su artículo “*Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo*”. Según el profesor Portilla: “Lesch mantiene que el autor de una acción delictiva, como miembro de una organización criminal, modifica la estabilidad del Derecho. Solo en la medida en que el individuo acepta el orden social constituido adquiere el status de persona; por el contrario, de no aceptarlo, se convierte en una criatura animal y, en consecuencia, el ordenamiento carece de razones para defender sus intereses”.

En lo referente a Luhmann, señala que: “Luhmann distingue entre sistemas psíquicos y personas... Como él mismo describe, por persona no ha de entenderse un objeto especial, ni tampoco una clase de objetos o una propiedad de objetos (a los que, por poseerla, se denomina sujetos) sino un tipo específico de distinción que guía el observar como forma con dos caras. Así pues, una persona no es simplemente otro objeto como un ser humano o un individuo, sino otra forma, con la que se observan objetos como individuos humanos. Lo principal, entonces, es determinar la otra cara de forma; es decir, aclarar en qué específico sentido una persona puede ser no-persona, sin que por ello deje de ser hombre, individuo”.

Por último, en relación con Müssig refiere que su teoría para justificar la existencia de una teoría del Derecho penal y procesal de acuerdo con Jakobs, se fundamenta en que, para él, “las normas legales son también normas sociales; en esa medida, la perspectiva individual va a estar condicionada por un sentido de dependencia subjetiva y el modelo de orientación también depende de la conducta de otros”. En este sentido, señala que “las normas exigen un cambio de la perspectiva individual a la social porque lo que interesa no es la acción individual sino la comunicación como práctica social. Las acciones de los individuos son, bajo el punto del vista del contacto social, interacciones, dibujan una dependencia común comunicativa. Desde este ángulo, las normas constituyen la fundamentación de la autodescripción y el modelo de organización de cada sistema social y se ocupan de las situaciones interactivas, edifican la estructura en el proceso de comunicación y las formas”.

---

<sup>35</sup> PORTILLA CONTRERAS, G.: “Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo”, en *Jueces para la democracia*, ISSN 1133-0627, N° 49, 2004, págs. 43-50.

En los tres casos encontramos un proceso de justificación de la teoría de Jakobs a partir del concepto de individuo diferenciado del concepto de persona. Esta distinción es lo que justificaría un tratamiento como no-personas a determinados individuos que no se comporten como personas de acuerdo a unas normas sociales previamente establecidas.

Además de sus discípulos, entre los partidarios de la teoría de Jakobs, encontramos al profesor Mario Schilling Fuenzalida que, en su obra *El nuevo Derecho penal del enemigo*<sup>36</sup>, sostiene que “tanto la paz como la seguridad se presentan como derechos esenciales en el contexto de una vida en sociedad, y que como tales requieren de una respuesta estatal eficiente, a la hora de protegerlos”. Para Schilling, la expresión Derecho penal del enemigo “no es una expresión diabólica del Estado autoritario como se ha pretendido pintar. Respeta el ordenamiento jurídico, es acorde con el respeto a los derechos humanos y al Estado de Derecho. Tal vez si Jakobs no hubiera utilizado las distinciones de ‘persona y no-persona’; y la expresión ‘enemigos’, sus ideas no habrían provocado la ira internacional de los académicos”. Como premisa justificadora de la teoría de Jakobs, parte de la idea de la existencia de un “*derecho a la seguridad de la humanidad y sus generaciones venideras*”. En palabras de Schilling: “Esta preocupación por el futuro de la humanidad estaría circunscrita a su seguridad, entendiendo la misma como un derecho humano universal e inalienable”. En este contexto, para Schilling, los “enemigos” serían aquellos que logran situarse en una posición tal que, mediante sus conductas, puedan llegar a “*socavar las estructuras mismas sobre las que descansa el Estado de Derecho*”, tornando dicho Estado en inoperante y con respuestas ineficaces en relación a las pretensiones sociales de seguridad, las cuales surgirían como una necesidad ante la vulnerabilidad a la cual se vería expuesta la sociedad ante la “*intervención tecnológica del criminal incorregible y peligroso*”.

Asimismo, aunque de manera más velada, ha mostrado su apoyo a los postulados de Jakobs, el profesor Juan Damián Moreno en su artículo “*¿Un derecho procesal para enemigos?*”, en el que reconoce que “el denominado derecho penal de enemigos forma parte de las sugerentes aportaciones elaboradas por el penalista alemán

---

<sup>36</sup> SCHILLING, M.: *El nuevo Derecho penal del enemigo*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2010, págs. 199 y ss.



Günter Jakobs y que poco a poco están empezando a hacer fortuna en un importante sector de la ciencia del derecho penal de nuestro país”<sup>37</sup>. Si bien es cierto que, el profesor Damián Moreno, se muestra crítico con la manera en la que se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico las medidas específicas para hacer frente a la criminalidad terrorista defendiendo su carácter excepcional y mostrándose en contra de su normalización, sí parte de un reconocimiento de que “el recurso a las soluciones penales de carácter excepcional no es un instrumento exclusivo de las sociedades totalitarias sino que forma parte de la estrategia adoptada por algunos gobiernos democráticos para hacer frente a las agresiones que en su opinión ponen en riesgo los principios básicos de una colectividad, reacción que suele venir justificada apelando a un cualificado y persistente estado de necesidad”<sup>38</sup>. De esta manera, concluye que: “La existencia de un derecho penal de enemigos se enmarcaría en esa dirección, en la medida es que se constata que el derecho penal convencional no es capaz de asegurar el normal ejercicio de las libertades cívicas o no sirve para evitar los actos que amenazan a bienes jurídicos de gran trascendencia social. En este sentido, contraponer la existencia de un derecho que tiene por finalidad exclusiva la protección de la sociedad frente a agresiones de quienes deliberadamente han declarado la guerra a sus semejantes y ponen en peligro el sistema de convivencia, es bastante razonables, aunque concebible únicamente como una respuesta excepcional frente a tales ataques”<sup>39</sup>.

### 1.2.2. Opiniones en contra de la teoría del Derecho penal del enemigo

Entre los principales detractores de la teoría de Jakobs, encontramos a los profesores Francisco Muñoz Conde y Manuel Cancio Meliá. Para Muñoz Conde, el Derecho penal del enemigo lo conforman una serie de normas penales, *sui generis*, aplicables para un tipo de delincuente, considerado enemigo, que sería tratado como no persona. Esta circunstancia, según Muñoz Conde, podría hacer que se llegara a los extremos de autorizar torturas para lograr la confesión o delación de cómplices, quedando suspendidos los derechos de los enemigos a conveniencia de la autoridad. En su crítica a Jakobs, hace especial hincapié en la idea de que, pese a que el profesor

<sup>37</sup> DAMIÁN MORENO, J: “¿Un derecho procesal para enemigos?”, en *Revista de derecho procesal*, nº1, 2005, págs. 102.

<sup>38</sup> DAMIÁN MORENO, J: “¿Un derecho procesal...”, op. cit., pág. 103.

<sup>39</sup> DAMIÁN MORENO, J: “¿Un derecho procesal...”, op. cit., pág. 104.

alemán pretende ampararse en que él ni apoya ni critica su teoría y simplemente describe una realidad existente, el mero hecho de limitarse a describir el presente contexto equivale, para Muñoz Conde, a amparar algunas de las conductas más que discutibles en la lucha contra el terrorismo.

En su artículo “*El nuevo Derecho penal autoritario*”<sup>40</sup> denuncia la existencia de “un Derecho penal más autoritario de lo normal; de un Derecho penal que se ha colado de rondón por la puerta falsa de un ordenamiento jurídico, cuyos parámetros constitucionales habían reconocido unos derechos fundamentales, unas garantías, que, al menos formalmente, sirven de barrera infranqueable al poder punitivo del Estado. Denunciar este Derecho penal, que algunos han llamado, y parece que asumido como inevitable, “Derecho penal de enemigos”, es hoy una tarea urgente y necesaria”. Muñoz Conde llama a esta denuncia, en primer lugar, “porque se está legitimando la creación a nivel nacional de una legislación excepcional en materia de terrorismo, lucha contra la criminalidad organizada, narcotráfico, inmigración ilegal, etc... que no respeta las garantías y derechos fundamentales reconocidos a nivel constitucional y que constituyen las bases del Derecho penal del Estado de Derecho”; y en segundo lugar, “porque esta tendencia constatable tanto a nivel nacional como internacional, surgida al amparo de una situación excepcional, corre el peligro de generalizarse y de convertirse en la regla que inspire la actuación de los órganos encargados de la aplicación del Derecho penal (Policías y jueces)”.

Muñoz Conde destaca en ese artículo que “los derechos y garantías fundamentales propias del Estado de Derecho, sobre toda las de carácter penal material (principios de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etc.) son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna

---

<sup>40</sup> MUÑOZ CONDE, F.: “El nuevo Derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado ‘Derecho penal del enemigo’”, en *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, coord.: Guillermo Portilla Contreras, Universidad Internacional de Andalucía, Ed. AKAL, Madrid. 2005. Pág. 167 y ss y en LOSANO, M/MUÑOZ CONDE, F (coord.): *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, cuyos valores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo”. Esto llevaría a que el Derecho se acabara convirtiendo en un Derecho de Estado que se va amoldando a las intereses que, en cada momento, determine el Estado.

Para Muñoz Conde: “No basta con identificar y describir en los ordenamientos jurídico-penales brotes o ejemplos evidentes de un “Derecho penal del enemigo”, sino que es preciso manifestar también si son compatibles con el marco constitucional de un Estado de Derecho y con los Pactos Internacionales de derechos civiles reconocidos y acogidos en los Ordenamientos jurídicos de los Estados Civilizados”.

Ante la teoría del Derecho penal del enemigo, Muñoz Conde formula algunos interrogantes que, a su parecer, no encuentran respuesta en la obra de Jakobs y que serían el fundamento principal de su crítica: ¿Quién define al enemigo y cómo se le define?, ¿a qué tipo de sujetos autores de delitos se incluye en el grupo de los ciudadanos o en el de los enemigos?, ¿es compatible con el Estado de Derecho y con el reconocimiento sin excepciones a todos de los derechos humanos fundamentales?, ¿es compatible con el principio de que todos somos iguales ante la ley?

Por último, Muñoz Conde llega incluso a dudar de la efectividad del mismo, pudiendo llegar a ser contraproducente para los efectos que perseguiría: “No parece que los terroristas, narcotraficantes, o miembros de asociaciones mafiosas, a los que principalmente se dirige, se sientan especialmente amenazados por este Derecho penal especial, sin garantías. Puede ser que incluso les legitime en sus ataques al Estado que ya de antemano los excluye y los califica como “no personas”. Lo que sí es evidente, en todo caso, es que el mismo representa o puede representar una amenaza para los principios y garantías del Estado de Derecho”. El profesor considera que Jakobs, en su teoría del Derecho penal del enemigo, concibe el Derecho penal como un instrumento o arma para luchar contra el enemigo, pero sin tener que someterse a límites o principios que pudieran debilitar su eficacia. Lo que importa es el sistema, no las personas. Esto conduce a una paradoja: para supuestamente defender el Estado de Derecho se propone eliminar los principios y garantías que precisamente defienden al Estado de Derecho.

El segundo detractor de la teoría de Jakobs, al que antes hacíamos mención, es el profesor Manuel Cancio Meliá. Entre la obra de Cancio Meliá destacan, además de la traducción de dos de los principales artículos del profesor Jakobs sobre la materia (*“Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”* y *“¿Terroristas como personas en derecho?”*), dos artículos en relación con la teoría del Derecho penal del enemigo: *“De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?”*<sup>41</sup> y *“‘Derecho penal’ del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”*<sup>42</sup>.

Para Cancio Meliá, el concepto de Derecho penal del enemigo supone un instrumento idóneo para describir un determinado ámbito, de gran relevancia política, del actual desarrollo de los ordenamientos jurídico-penales. Considera que actualmente el fenómeno más destacado y visible, en la evolución actual de las legislaciones penales del mundo occidental, está en la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso de enteros nuevos sectores de regulación, acompañadas de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores (a lo que se refiere como el fenómeno de expansión del Derecho penal).

Este fenómeno de expansión del Derecho penal se concretaría en que la actividad legislativa en materia penal, desarrollada a lo largo de las dos últimas décadas en los países de nuestro entorno, habría colocado, alrededor del elenco nuclear de normas penales, un conjunto de tipos penales que, vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos, constituyen supuestos de *“criminalización en el estadio previo”* a lesiones de bienes jurídicos, cuyos marcos penales, además, establecen sanciones desproporcionadamente altas.

En palabras del profesor: “En la evolución actual tanto del Derecho penal material como del Derecho penal procesal, cabe constatar tendencias que en su conjunto hacen aparecer en el horizonte político-criminal los rasgos de un “Derecho penal de la

---

<sup>41</sup> CANCIO MELIÁ, M.: “De nuevo ¿Derecho penal del enemigo? en JAKOBS, G./ CANCIO MELIÁ, M: *Derecho penal del enemigo*, 2ª Ed., Civitas, 2006, págs. 85 y ss.

<sup>42</sup> CANCIO MELIÁ, M.: “‘Derecho penal’ del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, en *Jueces para la democracia*, ISSN 1133-0627, Nº 44, 2002, págs. 19-26.

puesta en riesgo”<sup>43</sup>. Junto a este Derecho penal de la puesta en riesgo está el Derecho penal simbólico. Ambos serían, para Cancio Meliá, los padres del Derecho penal del enemigo. Un paso más a estos dos ejemplos de expansión del Derecho penal lo da con lo que denomina el “*resurgir del punitivismo*”, esto es, el recurso al Derecho penal para la introducción de normas penales nuevas con la intención de promover su efectiva aplicación con toda decisión, es decir, procesos que conducen a normas penales que sí son aplicadas al endurecimiento de las penas para normas ya existentes. Refiriéndose expresamente al ejemplo español con la reforma del Código Penal de 2003 en materia de terrorismo.

Para Cancio Meliá, la unión de estos fenómenos expansivos daría como resultado lo conocido como Derecho penal del enemigo. En palabras de Cancio Meliá: “El concepto de Derecho penal del enemigo sólo puede ser concebido como instrumento para identificar precisamente al no-Derecho penal presente en las legislaciones positivas”<sup>44</sup>.

Al igual que Jakobs, partiendo de la existencia de medidas propias de Derecho penal del enemigo en las legislaciones principalmente antiterroristas -realizando un análisis pormenorizado de la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000 y en las reformas entradas en vigor en el año 2004 en este campo- Cancio Meliá considera que el Derecho penal del enemigo no debe de formar parte del ordenamiento jurídico-penal porque sería políticamente erróneo, ya que para los terroristas sería una “victoria” el ser sometidos a un ordenamiento jurídico excepcional; podría incluso ser inconstitucional, ya que no cumpliría con los requisitos de legitimidad que establece nuestro sistema jurídico constitucional y no contribuye a la prevención policial-fáctica de los delitos que pretende perseguir.

Frente al argumento de que el Derecho penal del enemigo reacciona frente a los peligros que ponen en cuestión la existencia de la sociedad, o al argumento de que es la autoexclusión de la condición de persona lo que genera una necesidad de procurar una

---

<sup>43</sup> CANCIO MELIÁ, M.: “De nuevo ¿Derecho penal del enemigo? en JAKOBS, G./ CANCIO MELIÁ, M: *Derecho penal del enemigo*, 2ª Ed., Civitas, 2006, pág. 92.

<sup>44</sup> CANCIO MELIÁ, M.: “De nuevo ¿Derecho penal...”, op. cit., pág. 111.

especial seguridad cognitiva frente a tales sujetos; el profesor Cancio Meliá sostiene, principalmente, que se ignora que la percepción de los riesgos es una construcción social que no está relacionada con las dimensiones reales de determinadas amenazas (sensación social de inseguridad). Es decir, que la percepción de los riesgos es algo subjetivo de cada individuo lo que supone que pueda existir una disparidad entre la amenaza real y la percepción subjetiva de riesgo de los ciudadanos. Esto provocaría que se legislara en virtud de percepciones subjetivas y no de amenazas reales.

Si comparamos las posturas mantenidas por Jakobs y Cancio Meliá en lo que a terrorismo se refiere; mientras Jakobs, en su artículo “*¿Terroristas como personas en Derecho?*”, vendría a justificar el Derecho penal del enemigo y a legitimarlo como única posibilidad del Estado de derecho de no romperse frente a los ataques de los enemigos; Cancio Meliá, en su artículo “*De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?*”, no solo deniega el carácter de derecho al Derecho penal del enemigo, sino que le otorga nula necesidad político criminal en la sociedad actual pese a la tendencia legislativa en contrario.

Concluyendo, para Cancio Meliá: “Cuando se argumenta que los fenómenos frente a los que reacciona el “Derecho penal del enemigo” son peligros que ponen en cuestión la existencia de la sociedad, o que es la autoexclusión de la condición de persona lo que genera una necesidad de procurar una especial seguridad cognitiva frente a tales sujetos, se ignora, en primer lugar, que la percepción de los riesgos -como es sabido en sociología- es una construcción social que no está relacionada con las dimensiones reales de determinadas amenazas. Desde la perspectiva aquí adoptada, también en este caso se da disparidad. Los fenómenos frente a los que reacciona el “Derecho penal del enemigo” no tienen esa especial “peligrosidad terminal” (para la sociedad) que se predica de ellos. Al menos entre los “candidatos” a “enemigos” de las sociedades occidentales, no parece que pueda apreciarse que haya alguno -ni la criminalidad organizada”, ni las “mafias de las drogas”, ni tampoco ETA- que realmente pueda poner en cuestión los parámetros fundamentales de las sociedades correspondientes en un futuro previsible. Esto es especialmente claro si se compara la dimensión meramente numérica de las lesiones de bienes jurídicos personales sufridas

por tales conductas delictivas con otro tipo de infracciones criminales que se cometen de modo masivo y que entran en cambio, plenamente dentro de la normalidad”<sup>45</sup>.

Y en lo que se refiere específicamente a los delitos de terrorismo, Cancio Meliá considera que “el Estado no debe perder los nervios frente a los delitos terroristas. Y cuando recurre al “Derecho penal del enemigo” -como lo hace en algunos puntos de la regulación de los delitos de terrorismo-, el ordenamiento jurídico entra en una situación de pánico. No debe hacerlo porque ello no es legítimo: tales delitos son muestra de un déficit de libertades. Y porque no sirve para nada: lo elimina no disminuye los delitos que pretende combatir. Y también porque introduce en el Código, bajo el amparo de la Ley, elementos que solo pretenden ser Derecho penal, pero no lo son”<sup>46</sup>.

Entre otros detractores de la teoría de Jakobs destacan el profesor Bernd Schünemann<sup>47</sup> y el profesor Fernando Miro Llinares<sup>48</sup>.

Para Schünemann, el énfasis no debe estar puesto tanto en el sujeto (enemigo para Jakobs), sino en el peligro específico asociado a conductas delictivas de crimen organizado; peligro que, en definitiva, requiere de acciones determinadas por parte del Estado para combatirlo y entre las cuales podría justificarse alguna reducción de las garantías procesales penales o bien que el legislador eleve el rigor penal de la sanción aplicable, pero todo en un contexto de respeto por las garantías y derechos que sustentan el Derecho penal. En otras palabras, podría justificarse la adopción de medidas como las destacadas por Jakobs solo en la medida en que dicha justificación se base en el carácter

---

<sup>45</sup> CANCIO MELIÁ, M.: “De nuevo ¿Derecho penal...”, op.cit., pág. 129

<sup>46</sup> CANCIO MELIÁ, M.: “‘Derecho penal’ del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, en *Jueces para la democracia*, ISSN 1133-0627, N° 44, 2002, pág. 26.

<sup>47</sup> SCHÜNEMANN, B.: *Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, págs. 191 y ss.

<sup>48</sup> MIRÓ LLINARES, F.: “Persona o enemigo; vigencia real o postulada de las normas; Estado de derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro *Derecho penal del enemigo* de Günter Jakobs y Manuel Cancio Meliá, en *Revista de la Facultad de ciencias sociales y jurídicas de Elche*, Volumen I, Número 1, Julio 2006, Págs. 137 y 138. Y, MIRÓ LLINARES, F.: “El Derecho penal frente al terrorismo: enemigo en tiempos de crisis ¿amigo en periodos de final dialogado?”, en *El reconocimiento de las víctimas del terrorismo a través de la legislación y la jurisprudencia* (coord. por Alexandre H. Català i Bas, Fernando García Mengual), Ed. Valencia : Cátedra de Derecho Autonómico Valenciano, 2013, págs. 177-214.

del delito realizado; más o menos así, cuando la decisión de adoptar tales medidas se base exclusivamente en el carácter peligroso del sujeto -el enemigo- que realiza tal conducta, o bien que se dispone a realizar: “Por consiguiente no se trata de modo alguno de la clase especial de individuos, sino del peligro específico del delito organizado como causa de una reacción específica del Estado necesaria que, a su vez, debe naturalmente ser controlada por el Estado de Derecho”.

Miró Llinares considera, en esa misma línea, la distinción que hace entre ciudadano y enemigo, por lo artificial que supone la distinción entre sujetos que ofrecen expectativas de comportamiento conforme a Derecho y sujetos que no la ofrecen. Se ve difícil de admitir la premisa inicial de Jakobs de la autoexclusión del enemigo. Por mucho que Jakobs hable de autoexclusión, es el Estado quien define las condiciones que hacen que sobre un sujeto se intervenga como enemigo o como ciudadano. Difícil predecir, hasta para la psicología, que alguien se vaya a comportar como enemigo. Para Jakobs, lo importante es que el Estado debe ser capaz de definir aquellos casos en los que sabe o presupone que el sujeto no se va a sentir motivado por el comportamiento conforme a Derecho y, por tanto, que pueda luchar frente a él en el estado de naturaleza anterior como si de un enemigo o un peligro se tratase.

Según Miró Llinares, la punición excesiva de este tipo de comportamientos lesivos no sirve para evitar el comportamiento del terrorismo, sino en el peligro que en sí mismo lleva el acto preparatorio previo al lesivo, dado que resulta imposible saber si el sujeto va a comportarse de un modo u otro. Tiene razón Jakobs al considerar que el Derecho penal del enemigo supone una pérdida de confianza del Estado en el ciudadano, pero no es cierto que la misma esté justificada en la seguridad de que el ciudadano no vaya a respetar el Derecho, sino que se debe a una hipótesis del Estado (más o menos alejada de la realidad) que, temeroso, decide prevenir mediante la sanción previa desproporcionada excluyendo al enemigo.

Sin mostrarse ni a favor ni en contra de la teoría de Jakobs, el profesor Jesús María Silva Sánchez<sup>49</sup>, en el marco de su modelo de dos velocidades del Derecho penal,

---

<sup>49</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. Cívitas, Madrid, 2001.



hace una descripción del Derecho penal del enemigo como una tercera velocidad del Derecho penal. De esta manera, al hablar de primera velocidad del Derecho penal se estaría refiriendo a aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, y en el que deben de mantenerse de modo estricto los principios político criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos; la segunda velocidad del Derecho penal vendría constituida por aquellas infracciones en las que, al imponerse solo penas pecuniarias o privativas de derechos -tratándose de figuras delictivas de nuevo cuño-, cabría flexibilizar de modo proporcionado a la menor gravedad de las sanciones esos principios o reglas clásicas y, estas dos velocidades del Derecho penal, nos llevaría a pensar en el Derecho penal del enemigo como un Derecho penal de tercera velocidad en el que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad, la flexibilización de los principios político-criminales y las reglas de imputación.

Considera Silva Sánchez que “constatada la existencia real de un Derecho penal de tales características -sobre lo que no parece que pueda plantearse duda alguna-, la discusión fundamental versa sobre la legitimidad del mismo. Ciertamente ésta habría de basarse en consideraciones de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia, en un marco de emergencia. Pero queda en pie la cuestión conceptual de si, entonces, el Derecho penal del enemigo sigue siendo “Derecho” o es ya, por el contrario, un “no-Derecho”, una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos “excluidos”. Tratándose de reacciones ceñidas a lo estrictamente necesario para hacer frente a fenómenos excepcionalmente graves, que puedan justificarse en términos de proporcionalidad y que no ofrezcan peligro de contaminación del Derecho penal “de la normalidad”, seguramente cabría admitir que, aunque en el caso del Derecho penal de la tercera velocidad nos hallemos ante un “mal”, éste puede ser el “mal menor”. Pero es evidente que esta justificación obliga a una revisión permanente y especialmente intensa de la concurrencia de los presupuestos de regulaciones de esa índole”<sup>50</sup>. El problema que ve es que esta revisión no se está realizando y que los Estados van cogiendo con comodidad la lógica de la “perenne emergencia”. Esto le lleva a pronosticar que “el

---

<sup>50</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., pág. 166.

círculo del Derecho penal de los enemigos tenderá, ilegítimamente, a estabilizarse y a crecer”<sup>51</sup>.

### **1.3. Finalidad de la teoría del Derecho penal del enemigo**

La principal finalidad de la teoría del Derecho penal del enemigo, más allá de las finalidades meramente formales, la encontraríamos en el derecho a la seguridad de los ciudadanos y a su deber de garantía por parte de los Estados. La garantía de este derecho a la seguridad es lo que empujaría a los Estados a neutralizar los potenciales riesgos sirviéndose para ello de medidas propias del Derecho penal del enemigo.

Partiendo del paradigma del Derecho penal del enemigo, esto es, la negación de la condición de persona a los enemigos y entendiendo por enemigos a los ciudadanos que, por su posición, forma de vida, o, quizá, por su pertenencia a una organización, han abandonado el Derecho no de forma incidental sino duradera, por lo que no garantiza la más mínima seguridad cognitiva. El enemigo es considerado enemigo por el riesgo potencial que supone para la seguridad de los ciudadanos. Según ese reconocimiento del delincuente como enemigo en la sociedad moderna, existen formas de criminalidad diferenciadas de las que podríamos denominar “normales”, no solo por su alto potencial de lesividad social, sino también por las características específicas de los autores, desde el punto de vista criminológico, que suponen un riesgo cierto para los ciudadanos. Existe un abanico de formas de criminalidad que constituyen una permanente falta de seguridad cognitiva y que hacen que la sociedad demande seguridad al Estado ante todos esos peligros.

El debate seguridad frente a libertad es un debate que se reaviva cada vez que el terrorismo golpea nuestras sociedades. Se suelen presentar como dos ámbitos contrapuestos: a más seguridad menor libertad y viceversa. Sin embargo, nos encontramos ante dos bienes jurídicos que constituyen los pilares esenciales de nuestros Estados democráticos y de derecho, lo que hace que necesariamente deben de ser

---

<sup>51</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho penal...*”, op. cit., pág. 167.

conciliables. En palabras del filósofo y escritor, Fernando Savater: “No hay mayor pérdida de libertad que la inseguridad generalizada que nos impide llevar el tipo de vida que quisiéramos”<sup>52</sup>.

La tarea fundamental del Estado de Derecho es garantizar el equilibrio y armonía de estos dos bienes jurídicos delimitándolos lo mejor posible, creando para ello unas normas y principios que se han convertido en los derechos fundamentales de cualquier Constitución de un Estado social y democrático de Derecho. Para ello, se establece un catálogo de libertades fundamentales que solo pueden ser limitadas en casos excepcionales, expresamente marcados por la Ley, como son la igualdad de todos ante la Ley, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, la libertad ideológica y de religión, el derecho a la libertad de movimiento y de residencia, a la inviolabilidad del domicilio, a la intimidad, al honor, a la libertad de expresión, los derechos de reunión y asociación, la presunción de inocencia, el principio de legalidad penal, etc...

Como decía Mill: “La libertad de uno termina donde empieza la del otro”<sup>53</sup>. No hay pues una libertad absoluta, porque ésta sería incompatible con la libertad de los demás, con la necesidad de convivencia; pero tampoco podemos restringirla hasta el punto de que convirtamos al ser humano en un animal siempre controlado al que hay que vigilar hasta en sus menores movimientos. El problema no se encuentra tanto en reconocer el derecho a la libertad de los ciudadanos; el problema, que todo Estado debe resolver, es trazar los límites dentro de los cuales los ciudadanos pueden ejercer esa libertad. Y a esta delimitación de los márgenes, dentro de los cuales se permite el libre desarrollo de la personalidad y el ejercicio de la libertad por parte de los individuos, se le llama “seguridad”. Esta no es más que la expectativa que podemos razonablemente tener de que no vamos a ser expuestos a peligros o ataques en nuestros bienes jurídicos más preciados por otras personas. Pero tampoco la seguridad es un valor absoluto; ni el Derecho ni nadie puede garantizar una seguridad absoluta, una ausencia total del peligro.

---

<sup>52</sup> SAVATER, F.: “Las Torres gemelas”, en *El País*, 27/3/2016.

<sup>53</sup> MILL, J.: *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, 2005.

La sociedad actual se encuentra sometida a diversos tipos de riesgos no solo provenientes del ser humano, sino también de la propia naturaleza. Por ello, podríamos hablar de las sociedades actuales como “*sociedades del riesgo*”<sup>54</sup> en las que la sensación de inseguridad de los ciudadanos y su aspiración a la seguridad hacen “que reclamen de manera creciente del Estado la prevención frente al riesgo, la provisión de seguridad”<sup>55</sup>.

El problema de las sociedades del riesgo lo podemos encontrar en que, una sociedad del riesgo, si por algo se caracteriza es por tener una necesidad de seguridad siempre en aumento, así como de procurar sensaciones o impresiones de seguridad. Esta continua demanda de seguridad, o incluso un derecho fundamental a la seguridad, se convierte a veces en algo problemático cuando van encaminadas al Derecho penal, incluyendo aquí también al Derecho procesal penal, que se ven así forzados a un continuo proceso de expansión destinado al control de nuevos peligros.

Por contra, si se parte de que los nuevos riesgos tienen su origen en decisiones y actuaciones humanas individuales o colectivas esto los hace, en principio, controlables o susceptibles de cierta conducción. De ahí que se pueda considerar el Derecho penal como el medio adecuado e incluso necesario para contrarrestar y preservarse de los nuevos riesgos. Si la sociedad del riesgo, allí donde no puede negar los peligros, tiene una verdadera necesidad de minimizar la inseguridad, esta necesidad se traduce en la tendencia a contener, con ayuda del Derecho penal, la formación de peligros no consentidos en una etapa muy temprana de su desarrollo, excluyendo ya en fases anticipadas determinadas clases de comportamientos que podrían ser indicadores de peligros. Por tanto, en las sociedades del riesgo una de las misiones del Derecho penal, y procesal penal, sería la de generar esa seguridad.

#### **1.4. Naturaleza jurídica**

---

<sup>54</sup> MENDOZA BUERGO, B.: *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, 2001.

<sup>55</sup> MENDOZA BUERGO, B.: *El Derecho penal....* op. cit.

Resulta de particular importancia subrayar que aunque la teoría del Derecho penal del enemigo se corresponde principalmente con aspectos propios del Derecho penal sustantivo, tiene también ramificaciones que afectan a cuestiones propias de Derecho procesal penal. Ciertamente es que el Derecho penal no pueda entenderse sin el reflejo de ese derecho en el proceso, ni el Derecho procesal penal entenderse sin su base en el derecho sustantivo. Es por ello que, tal y como comprobaremos, el desarrollo de las políticas criminales se ejecutan tanto a través del Derecho penal como del Derecho procesal, tal y como ha señalado en varias ocasiones el profesor Alberto M. Binder: “El conjunto de instituciones que habitualmente llamamos “penales” (penales, procesales, penitenciarias, entre otras) no pueden, en modo alguno, ser analizadas de una forma independiente porque en su funcionamiento real actúan estrechamente interrelacionados. Cada uno de estos ámbitos forma parte del llamado “sistema penal”, integrados funcionalmente en virtud de una “necesaria coherencia político criminal”. Subraya que: “Dicho en palabra más sencilla: no se puede tener un Código Penal que responda a una orientación, un Código Procesal que responda a otra y una Ley Penitenciaria que responda a una tercera. La política criminal es la que va a plantear los grandes objetivos de todo el sistema y cada uno de los subsistemas debe ser coherente con la preservación de esos objetivos”<sup>56</sup>.

De ahí que se pueda considerar la teoría del Derecho del enemigo como propia del Derecho penal con implicaciones tanto en aspecto de derecho sustantivo como de derecho procesal.

En este sentido es importante traer a colación el pensamiento de Müssing que emprende la construcción del procedimiento penal con los criterios de la doble convergencia. Desde este punto de vista, el proceso penal debe tomar parte en la legitimación del Derecho penal, debe reflejar y garantizar, a través del Derecho penal, la estructura de la sociedad. En palabras de Müssing, traducidas por Portilla, “con las normas de conducta que son los tipos penales, el Derecho penal garantiza los fundamentos de la sociedad; la pena, como reacción formal, demuestra simbólicamente que una norma es expresión de la concreta estructura de la sociedad. El ilícito penal y la pena se basan en una reconstrucción comunicativa dependiente de doble convergencia:

---

<sup>56</sup> BINDER, A.: *Introducción al Derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.

la reacción penal es la contradicción a esta conducta y la simbólica autodeterminación de la figura estatal desde la perspectiva y con los medios del Derecho. El Derecho procesal, que es la parte del bosquejo de los conceptos penales, se convierte, junto al procedimiento, en la realidad práctica del Derecho penal”<sup>57</sup>.

Se dibuja así un sistema de conexión entre la teoría del Derecho penal y el proceso penal, en el que la prevención general positiva ocupa lugar clave para la configuración de un proceso que responde a la estructura social.

### 1.5. Requisitos subjetivos

Y ¿quiénes encarnarían ese riesgo para la seguridad de los Estados? O dicho en palabras de Jakobs, ¿quiénes son los enemigos? Jakobs encuentra a los “*enemigos del Estado*” en los grupos terroristas, en los grupos dedicados al tráfico de drogas, armas, personas..., esto es, a la criminalidad organizada<sup>58</sup>. Para Jakobs, los terroristas no pueden ser considerados ciudadanos sino enemigos, ya que se trata de sujetos que violan el Derecho de forma reiterada o, cuando menos, no ocasional; niegan el Estado y sus principios fundamentales al tratar de lograr sus objetivos, no por medios democráticos sino por medio de violencia; viven al margen de las reglas sociales dado que su finalidad única es la delincuencia; y en último caso, pretenden destruir la democracia o afectarla de modo definitivo para lograr sus objetivos. Frente a ellos, Jakobs legitima una intervención penal distinta, casi contradictoria con la intervención penal frente al ciudadano, dado que el Estado no debe tratar ya como persona a quien no puede esperar ser tratado como tal, puesto que, en caso de que lo hiciese, vulneraría el derecho a la seguridad de las personas.

Hoy en día, el terrorismo se encuentra entre los principales peligros para la seguridad de los Estados, de ahí que en el ámbito de las políticas criminales se

---

<sup>57</sup> PORTILLA CONTRERAS, G.: “Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo”, en *Jueces para la democracia*, ISSN 1133-0627, N° 49, 2004, pág. 48.

<sup>58</sup> JAKOBS, G.: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G./ CANCIO MELIÁ, M, en *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006, pág. 39.

encuentren muchas veces legislaciones que, con la finalidad de asegurar la seguridad de los ciudadanos y de hacer frente al terrorismo, reduzcan o limiten las libertades y los derechos fundamentales. Como hemos señalado anteriormente, para que esta limitación pueda ser considerada jurídicamente legítima debe pasar por el triple control de necesidad, idoneidad y legitimidad.

Jakobs trata este aspecto concreto en su artículo “*¿Terroristas como personas en Derecho?*”<sup>59</sup>, centrándose en uno de los ámbitos en los que ya había identificado el modelo de Derecho penal del enemigo, el del terrorismo, y planteando como argumento conductor del trabajo la pregunta de si ¿puede conducirse una guerra contra el terror con los instrumentos del Derecho penal de un Estado de Derecho? Jakobs trata de responder a esta cuestión desde el análisis de algunos preceptos de la legislación antiterrorista alemana surgida tras el 11 de septiembre de 2001, esto es, teorizando sobre el Derecho penal del ciudadano y del enemigo en términos generales, pero tomando como referencia preceptos concretos de la legislación alemana que él considera auténtico Derecho penal del enemigo.

Jakobs reconoce, en dicho trabajo, que “en una sociedad que concibe el Estado como instrumento de la administración de felicidad de los ciudadanos individuales, no cuadra que algunos deban sacrificarse, renunciado así a todas sus expectativas de felicidad”<sup>60</sup>. Esto no le lleva, sin embargo, a realizar una declaración de ilegitimidad de ese tipo de medidas, sino a una aparente “*descripción*” que roza, si no toca, su legitimación. Así, el autor alemán, se refiere, en un primer momento, a la existencia de un supuesto de extrema necesidad en el que el Estado “*hace lo necesario*”. El hincapié lo pone Jakobs, no tanto en si esta medida puede o no considerarse legítima, cosa que más bien parece no importarle, sino en la constatación de que el Estado ha llegado a

---

<sup>59</sup> JAKOBS, G.: “*¿Terroristas como personas en Derecho?*”, en JAKOBS, G./ CANCIO MELIÁ, M: *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006, págs. 57- 83. Artículo incluido en la 2ª edición de la obra y que se corresponde a un artículo publicado por el autor en prensa para *ZStW* 117 (2005), fasc. 4, que contiene una versión, levemente ampliada y provista de notas a pie de página, de la ponencia defendida por Jakobs en la mesa redonda sobre el tema “Guerra contra el terror –consecuencias para el Derecho penal de un Estado de Derecho”, celebrada en el marco de la *Strafrechtslehrertagung* (convención anual de profesores de Derecho penal de lengua alemana) llevada a cabo en Frankfurt an der Oder el día 8.5.2005 y traducida por el profesor Manuel Cancio Meliá.

<sup>60</sup> JAKOBS, G.: “*¿Terroristas como personas en Derecho?*”, en JAKOBS, G./ CANCIO MELIÁ, M, en *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006, pág. 78.

adoptar una norma como ésta cuando ha considerado que “necesitaba” hacerlo. Lo que interesa a Jakobs es la consideración de que si en estos supuestos el Estado actúa “*haciendo lo necesario*”, mucho menos podrán imponerse “tabúes en el ámbito de las medidas para la evitación de esa extrema necesidad dirigidas contra quienes han generado la situación de necesidad”<sup>61</sup>. En relación a la interpretación que realiza Jakobs sobre las disposiciones del Código procesal alemán, que suponen la punición de actos preparatorios punibles con penas de hasta quince años, reconoce el autor que se trata de “contaminaciones jurídico-policiales del Derecho penal”, pero las califica como intencionadas y necesarias, como: “Duras amenazas de pena para evitar escaladas, enmarcadas, al igual que otras disposiciones de la legislación procesal que no se orientan hacia la averiguación de hechos pasados sino a la evitación de hechos futuros en la defensa frente a riesgos”<sup>62</sup>.

¿Qué es lo que lleva a Jakobs a justificar estas intervenciones que, según él mismo reconoce, “*no cuadran en un Estado de Derecho perfecto*”? ¿Por qué frente a los terroristas puede aceptarse la actuación penal no como reacción frente a una comunicación incorrecta, sino como prevención frente al enemigo? La razón está en la autoexclusión del enemigo como ciudadano y su conversión en fuente de peligro<sup>63</sup>.

El argumento esencial de Jakobs en este artículo, y de su teoría en general, se resumiría en que “todo aquél que presta fidelidad al ordenamiento jurídico con cierta fiabilidad tiene derecho a ser tratado como persona, y quien no lleve a cabo esta prestación, será heteroadministrado, lo que significa que no será tratado como persona”<sup>64</sup>. Así, como bien explica el profesor Miró Llinares<sup>65</sup>: “En efecto, y desde la

---

<sup>61</sup> JAKOBS, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho...”, pág. 79.

<sup>62</sup> JAKOBS, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho...”, op.cit.

<sup>63</sup> JAKOBS, G.: “Personalidad y exclusión en Derecho penal” en JAKOBS, G.: *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, 2004, págs. 66 y 67.

<sup>64</sup> JAKOBS, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en JAKOBS, G./ CANCIO MELIÁ, M: *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006, págs. 68 y 69.

<sup>65</sup> MIRÓ LLINARES, F.: “Persona o enemigo; vigencia real o postulada de las normas; Estado de derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro *Derecho penal del enemigo* de Günter Jakobs y Manuel Cancio Meliá, en *Revista de la Facultad de ciencias sociales y jurídicas de Elche*, Volumen I, Número 1, Julio 2006, págs. 137 y 138.



posición funcionalista respecto al fin del Derecho y la teoría de la prevención general positiva respecto al fin de la pena que sigue el autor alemán, a Jakobs le resulta imposible considerar Derecho penal en sentido estricto intervenciones anticipadas y desproporcionadas como las que utilizan los Estados democráticos frente al terrorismo. En estos casos estamos ante un Derecho penal que no cumple funciones de orientación funcional (el delito) y configuración de la vigencia (la pena), sino otras como la prevención (el delito), y la inculcación o intimidación (la pena). Este Derecho penal del enemigo, no ya reactivo, sino preventivo, y no ya proporcional, sino desproporcionado, debe ser aplicado por el Estado ante la falta de seguridad cognitiva que ofrece el enemigo frente a la confianza de fidelidad que da el ciudadano, de quien, aún cometiendo un delito, se puede seguir presumiendo que su próxima actuación será fiel al Ordenamiento jurídico”.

Por tanto, según la teoría de Jakobs, la justificación de estas intervenciones del Estado, imperfectas para un Estado de derecho, la encontraríamos en su necesidad para neutralizar, por medio de la prevención y la intimidación, las fuentes de peligro que representan los enemigos del Estado, esto es, los terroristas.

Para el autor alemán, el terrorista puede no ser tratado como persona sino como peligro y, por tanto, como enemigo. El objetivo del Estado de Derecho frente al adversario activo cuya actitud es, por principio, hostil, como es el terrorista, es garantizar la seguridad compensando la inseguridad que el mismo ofrece. De ahí que, según Jakobs, lo que vendría a legitimar el Derecho penal del enemigo en un Estado de derecho sería la necesidad real de intervenir frente al enemigo-terrorista para garantizar la libertad de quienes dan garantías de comportamiento personal frente a quienes se han autoexcluido de tal condición. Asimismo, Jakobs reconoce, de forma explícita en este caso, dos cuestiones significativas: la primera, que el Estado de derecho puede y debe utilizar cualquier medio excepcional necesario para proteger la seguridad de los ciudadanos; la segunda, que puede haber instrumentos inaceptables y, junto a ellos, puede ser que “la inteligencia prohíba hacer uso de todo lo que es posible; y que el riesgo de abuso sea demasiado grande”. De este modo, Jakobs no califica como abuso

excesivo la punición con extrema dureza al que participa en una asociación terrorista ni tampoco la realización sobre él de un duro interrogatorio<sup>66</sup>.

Para Jakobs, el Derecho penal de enemigos solo se puede legitimar como un Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente. Los preceptos penales, a él correspondientes, tienen por ello que ser separados estrictamente del Derecho penal de ciudadanos, preferiblemente también en su presentación externa. En palabras de Jakobs: “El derecho penal de enemigos tiene que ser también separado del Derecho penal de ciudadanos de un modo tan claro que no exista peligro alguno de que se pueda infiltrar por medio de una interpretación sistemática o por analogía de cualquier otra forma en el Derecho penal de ciudadanos”<sup>67</sup>.

Cierto es que la delincuencia terrorista es uno de esos casos en los que la infracción criminal supone mucho más que la lesión de bienes jurídicos de titularidad individual ya que se lesionan “configuraciones sociales estimadas como esenciales”<sup>68</sup>. El quebrantamiento, en estos casos, va más allá de la lesión de bienes jurídicos individuales y supone la lesión de configuraciones sociales esenciales como la paz pública y el orden constitucional. De ahí que no sea extravagante pensar en la necesidad de leyes específicas, que no excepcionales -como podrían ser las leyes de guerra-, para hacer frente a este tipo de criminalidad especial.

Y cuáles son las características que justifican ese tratamiento especial de los delitos de terrorismo; en primer lugar, el uso de la violencia, llegando incluso a buscarse efectos devastadores al uso de la violencia y buscando ocasionar un número muy elevado de víctimas en cada acción criminal; en segundo lugar, el significado político de los actos delictivos, motivación especialmente ilegítima en un sistema político de libertades; y por último, la posible existencia de una organización que confiera especial

---

<sup>66</sup> JAKOBS, G.: “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en JAKOBS, G./ CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006, págs. 81 y 82.

<sup>67</sup> JAKOBS, G.: “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, (traducción de Enrique Peñaranda Ramos), en JAKOBS, G.: *Estudios de Derecho penal*, Civitas, 1997, págs. 322 y 323.

<sup>68</sup> CANCIO MELIÁ, M.: “De nuevo ¿Derecho penal del enemigo? en JAKOBS, G./ CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006, pág. 130.

peligrosidad a las conductas que puede, y debe, ser tomada en cuenta en la tipificación penal.

En relación con esta última cuestión, debemos tener en cuenta que la evolución del fenómeno del terrorismo implica necesariamente una evolución en el tratamiento jurídico del mismo y en la aprobación de nuevas leyes, o modificación de las antiguas, para hacer frente a las nuevas formas de terrorismo a las que nos enfrentamos. En este nuevo modelo de terrorismo, el concepto de organización pierde peso frente al concepto de sujeto individual o célula aislada, pero no por ello deja de ser menos terrorismo o de tener efectos menos letales. De ahí que las nuevas regulaciones antiterroristas deben adaptarse a estos nuevos modelos y poner el acento en los nuevos paradigmas, sin que por ello dejen de ser las medidas menos necesarias.

### **1.6. Requisitos objetivos del Derecho penal del enemigo**

Una vez definidos los principales rasgos de la teoría del Derecho penal del enemigo, podemos preguntarnos: ¿en qué se concreta dicha teoría? ¿cuáles son los elementos prácticos de lo enunciado por Jakobs?

En primer lugar, debemos destacar el adelantamiento de las barreras de protección mediante la sanción de actos preparatorios, esto es, la anticipación de la tutela penal y de la barrera punitiva. Esta primera manifestación de la teoría de Jakobs está representada por aquellos tipos penales que anticipan la punibilidad a actos que solo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros. Estos tipos toman como base la amenaza permanente a los principios básicos de la sociedad (falta de seguridad cognitiva), y su contenido ya no es la comisión de hechos delictivos concretos y determinados, sino cualquier conducta informada y motivada por la pertenencia a la organización que opera fuera del Derecho. Se criminalizan conductas que tienen lugar en el ámbito previo a la comisión de cualquier hecho delictivo en razón de la falta de seguridad cognitiva, que se supone en quienes actúan de cualquier modo en dicho ámbito previo; o de conductas que simplemente favorecen la existencia de una organización criminal y alimentan su subsistencia y permanencia.

La segunda manifestación se refiere al no respeto de los principios de proporcionalidad, bien por sancionar de igual modo actos preparatorios que los consumados, bien por agravar las penas de los delitos clásicos cuando se cometan por sociedades criminales. Es decir, esta segunda manifestación tendría dos vertientes: la punibilidad de actos preparatorios no iría acompañada de ninguna reducción de la pena con respecto a la fijada para los hechos consumados o intentados en relación con los cuales se valora como peligroso el hecho preparatorio realizado en el ámbito previo; y la agravación considerable de las penas por la circunstancia específica de pertenencia del autor a una organización criminal y/o por los hechos delictivos concretos que realicen los individuos en el ejercicio de su actividad habitual o profesional al servicio de la organización.

En tercer lugar, una considerable restricción o minimización de las garantías y derechos procesales de los imputados. Este aspecto concreto se debería al planteamiento de un Derecho penal del enemigo como derecho de guerra que lucha contra algo en el que el acusado se transforma en no-persona por haber abandonado el Derecho. En este sentido, se pone en cuestión hasta la presunción de inocencia por ser opuesta a la exigencia de veracidad en el procedimiento, se reducen considerablemente las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba, se introducen medidas amplias de intervención de comunicaciones, de investigación secreta o clandestina y de incomunicación, se prescinde -o se reinterpreta restrictivamente- del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, o se amplían los plazos de detención policial para el cumplimiento de fines investigadores, así como los de prisión preventiva y, en el plano teórico, se reivindica incluso la licitud de la tortura.

Relacionado con esta tercera manifestación, aunque al margen de cuestiones puramente procesales, debemos mencionar también las influencias en determinadas regulaciones del Derecho penitenciario, entre las que cabe mencionar las relativas al endurecimiento de las condiciones de clasificación de los internos, las que limitan los llamados beneficios penitenciarios o las que amplían los requisitos de la libertad condicional.

### **1.7. Procedimiento para la determinación de la legitimidad de las medidas de Derecho penal del enemigo**

Para que esa demanda de protección, de la que hablamos en el apartado tercero, sea canalizada a través del Derecho penal, o del Derecho procesal penal, y las medidas adoptadas puedan ser consideradas como legítimas; en primer lugar, deberá valorarse si esa respuesta obedece realmente al principio de necesidad; en segundo lugar, si es la respuesta adecuada para conseguir las soluciones más idóneas y eficaces a los riesgos planteados; y en tercer lugar, si es una respuesta que se mantiene dentro de los límites de una intervención legítima del Derecho penal.

Estaríamos hablando de un triple control para la legitimidad de las medidas adoptadas: control de necesidad, control de idoneidad y control de proporcionalidad.

Entre las circunstancias que vendría a justificar la adopción de este tipo de medidas penales más propias del Derecho penal del enemigo, encontramos:

En primer lugar, la existencia de una organización que pueda conferir una especial peligrosidad a las conductas que se realicen en el marco de esta. El que un hecho determinado se realice por un sujeto en el curso de la actividad de una organización a la que sirve o pertenece, o el que un hecho sea realizado por un sujeto dedicado profesionalmente a ello o lo realice de un modo habitual, son circunstancias de carácter objetivo o personal, según el caso, que puede dar lugar a un juicio de mayor gravedad de lo injusto por la mayor peligrosidad objetiva de la acción o una mayor lesividad.

En segundo lugar, la especial peligrosidad de determinados actos preparatorios que justificaría su tipificación. Aunque en virtud del principio de subsidiariedad haya que partir de la impunidad general de los actos preparatorios, esto no supone que el Derecho penal no pueda penar excepcionalmente algunos actos preparatorios diferenciados por su especial peligrosidad, como es el caso, por ejemplo, de la conspiración, de la proposición y de la provocación para delinquir en relación con ciertos delitos graves. En la medida en que los actos preparatorios punibles tengan señalada una pena inferior a la de la tentativa del delito correspondiente y, por supuesto,

a la de la consumación, su punibilidad no será contraria al principio de proporcionalidad.

La intervención del Derecho penal, en estas ocasiones, está considerada por algunos como Derecho penal del enemigo. Sin embargo, debemos enfatizar que determinadas manifestaciones jurídicas consideradas como de Derecho penal del enemigo, no lo son, en tanto en cuanto se tratan en realidad de especialidades en el marco del Derecho penal ordinario, justificadas por la especial peligrosidad de las conductas o las circunstancias específicas de sus autores, respetuosas con los principios generales del derecho. Otras, sin embargo, si se apartarían de las reglas y de los principios del Derecho penal que podemos denominar ahora como “ordinario” y podrían llegar a suponer excesos y graves violaciones de derechos fundamentales.

En este último sentido, recalcar que muchos de los supuestos que son absorbidos por el discurso del Derecho penal del enemigo son casos típicos de delinquentes por convicción. Ahora bien, como dijera Welzel: “También aquí y precisamente aquí, el Derecho deberá mostrarse como Derecho y no simplemente como poder”, para que de ese modo “la lucha en torno a la conformación justa de las relaciones sociales sea siempre una polémica entre ideas, y no se trata de poner fin a ella por el sometimiento, ni mucho menos por la aniquilación del hombre por el hombre”<sup>69</sup>. De ahí que en el presente estudio lo que se pretenda es establecer los límites entre lo legítimo y lo jurídicamente inaceptable.

Es por ello, por lo que no puede afirmarse que todo lo que se entiende por Derecho penal del enemigo sea ilegítimo, ni que todas las disposiciones de las leyes antiterroristas lo sean. Para hacer estas afirmaciones habría que realizar un análisis de cada disposición o norma. Lo correcto a la hora de hablar de este tipo de medidas específicas, más que hablar de derecho del enemigo, sería hablar de especialidad penal para el tratamiento de una delincuencia excepcional.

---

<sup>69</sup> WELZEL, H.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Editorial Aguilar, Madrid, 1974, págs. 195-196.

Cierto es que Jakobs habla de medidas excepcionales y de su justificación en casos de necesidad. A la vez que no establece ningún criterio acerca de qué excepcionalidad es aceptable y cuál no será aceptable, más allá de la consideración del enemigo como fuente de peligro y la referencia de que haya necesidad de proteger la seguridad de los ciudadanos. Es precisamente en este punto donde se encuentra el objeto del presente estudio: distinguir entre lo que son especificidades del derecho para casos excepcionales y los límites para que éstas sean aceptables y excepcionales inaceptables por ser claramente contrarias a los derechos fundamentales y a las garantías propias de un Estado de derecho y estratégicamente ineficaces para combatir el terrorismo. Distinguir entre: limitar derechos fundamentales y excluir y/o eliminar derechos fundamentales. Distinguir entre: cuando nos encontramos ante normas de Derecho penal del enemigo o ante casos de limitación de derechos por cuestiones extraordinarias.

La existencia de legislaciones específicas en materia de terrorismo no implica necesariamente que nos encontremos ante legislaciones excepcionales que no respetan las garantías y derechos fundamentales reconocidos a nivel constitucional, y que constituyen las bases del sistema penal en un Estado de derecho.

En este sentido, queremos destacar que la restricción de libertades en casos excepcionales, como puede ser por motivos de seguridad nacional, no tiene porqué implicar excepcionalidad jurídica. Esto nos lleva, necesariamente, a tener que distinguir entre: medidas normales, dentro del ordenamiento jurídico general, para hacer frente a una criminalidad excepcional; y medidas excepcionales, situadas fuera del ordenamiento jurídico general, como pueden ser la creación de tribunales militares especiales; y, en ocasiones, situadas incluso fuera de lo admisible en el marco de un Estado de derecho, como puede ser la tortura.

Tanto la paz como la seguridad se presentan como derechos esenciales en el contexto de una vida en sociedad y, como tales, requieren de una respuesta estatal eficiente a la hora de proteger a los ciudadanos.

#### 1.7.1. Líneas rojas para la legitimidad de las medidas propias del Derecho penal del enemigo

Como venimos diciendo en este apartado, bajo el paraguas del Derecho penal del enemigo se incluyen medidas que no son comparables: hay medidas verdaderamente excepcionales (que podrían rozar el Derecho penal del enemigo) y aparte hay medidas específicas para casos determinados o excepcionales.

La tesis de Jakobs puede aceptarse dentro de un Estado social y democrático de derecho, aceptando la intervención penal frente a peligros y no solo reaccionando ante delitos cuando lo considere necesario para proteger la seguridad de los ciudadanos. En relación con los delitos que castigan el asociarse a una banda terrorista, por supuesto que el Derecho penal está legitimado para sancionar gravemente estos comportamientos, puesto que ello puede constituir un peligro para bienes jurídicos de importante significación. Pero la punición excesiva de estos comportamientos no puede justificarse en que la norma que sanciona el comportamiento lesivo no sirve para evitar el comportamiento del terrorismo, sino en el peligro que en sí mismo conlleva el acto preparatorio previo al lesivo, dado que, como ya hemos dicho, resulta imposible saber si el sujeto se va a comportar o no de un modo u otro.

Los derechos fundamentales son la esencia misma de la idea de democracia, erigiéndose en los pilares desde los que se levanta el edificio del Estado de Derecho. En el seno de la democracia, el poder punitivo no escapa a este modelo y debe configurarse como orden externo necesario para garantizar la convivencia desde la idea de libertad, como valor supremo del ordenamiento jurídico. Sin excepciones. Ni siquiera la lucha contra el terrorismo puede escaparse fuera de los límites infranqueables de un Derecho penal de un Estado de Derecho democrático. El Estado de derecho y sus garantías es una cuestión de grado, dependiente del reconocimiento de los derechos fundamentales, de la precisión de los límites impuestos a los poderes públicos y del grado de efectividad de los controles de este sistema de garantías.

De ahí que sea necesario establecer límites a la actividad estatal, incluso si su intervención se justifica en aras a un mayor bienestar, de tutelar la libertad o de garantizar la seguridad. Y esos límites los encontramos en el respeto a las garantías y a los derechos fundamentales. En palabras del profesor Vives Antón:<sup>70</sup> “Los derechos

---

<sup>70</sup> VIVES ANTON, T.S.: Doctrina constitucional y reforma del proceso penal, en Poder Judicial, ISSN 0211-8815, N° Extra 2, 1988 (Ejemplar dedicado a: Justicia penal), págs. 305 y 306.



fundamentales no son solamente garantías frente a los poderes públicos, ni concreción de una serie de valores sustantivos que la Constitución incorpora, sino que, tal vez de modo primario, representan las reglas básicas de procedimiento a las que ha de ajustarse la toma de decisiones en todo sistema democrático”.

Los derechos fundamentales constituyen la esencia de la democracia, los pilares desde los que se debe asentar el Estado de Derecho. De ahí que el poder punitivo del Estado deba necesariamente someterse al respeto y defensa de los mismos para garantizar la convivencia y la idea de libertad como valores supremos del ordenamiento jurídico. Y este debe de ser un respeto sin excepciones, ni siquiera la lucha contra el terrorismo puede escaparse fuera de los límites infranqueables de un Derecho penal de un Estado de Derecho democrático.

Por todo ello, los límites para poder establecer la legitimidad de las medidas propias de Derecho penal del enemigo, que estudiaremos a lo largo de este estudio, las fijaremos en el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales.

- Derecho a la presunción de inocencia.

La motivación de la adopción de determinadas medidas la encontraríamos en el juicio de peligrosidad que supone determinado individuo que pertenezca a un grupo de riesgo determinado. Criterios a seguir para otorgar ese estatus. Nuestras leyes fundamentales no pueden soportar una declaración de culpabilidad cuando ésta no ha quedado demostrada “más allá de cualquier duda razonable”. Las imputaciones deben de estar siempre referidas a la comisión de hechos delictivos, no se puede imputar una forma de ser ni imputar el incumplimiento de la norma. Se debe probar la comisión de un hecho, que después se valorará si integra un determinado tipo penal. Necesidad de concreción en la acusación.

- Derecho a la igualdad.

Necesidad de existencia de un valor superior del ordenamiento jurídico en peligro que justificaría el trato desigual entre determinados individuos

pertenecientes a un grupo de riesgo y delincuentes comunes. En este caso ese valor superior sería la seguridad nacional.

- Derecho a la seguridad jurídica y principio de legalidad.

La exigencia del respeto del principio de legalidad nace desde el momento en que se produce cualquier injerencia punitiva, que implica una injerencia en los derechos fundamentales (libertad, honor, intimidad). La materia penal, en cuanto comporta una limitación de derecho, debe de estar sometida a controles precisos. Los delitos y las penas deben de estar previstos en la ley con claridad y precisión. Determinación de quiénes son los individuos pertenecientes a un grupo de riesgo y por qué, determinación de los casos en que determinados hechos puedan ser castigados en fases previas a su exteriorización.

- Principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad obliga a ponderar los intereses en conflicto: de un lado justificando la necesidad de tutela de un bien mediante la pena, y de otro, valorando el impacto de esta limitación sobre el derecho fundamental afectado. Necesidad de justificar que la sanción es la más adecuada y que es necesaria para el fin que se persigue y para la tutela del bien jurídico atacado. Por otro lado, obligación de individualizar la pena impuesta con la necesidad de justificarla en base a la gravedad de los delitos cometidos.

## **1.8. Efectos**

Al margen del debate suscitado en los últimos tiempos sobre la legitimidad o no del conocido como Derecho penal del enemigo, algo comúnmente aceptado es que una de las características de las legislaciones penales actuales, tanto en lo que se refiere a regulaciones sustantivas como procesales, presentan rasgos que se ven como características de lo que se conoce como Derecho penal del enemigo. Ciertamente es que para hacer frente a la criminalidad organizada fundamentalmente se recurre en las sociedades

modernas a regulaciones de características tales que permitirían identificarlas como típicas de un Derecho penal del enemigo.

En los siguientes capítulos procederemos al análisis de las diferentes legislaciones procesales en materia de terrorismo y de la influencia de la teoría del Derecho penal del enemigo en las legislaciones antiterroristas europeas. Asimismo, analizaremos la evolución de la legislación antiterrorista que se ha producido en nuestro país.

## **SEGUNDA PARTE. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO AL DERECHO PROCESAL**

### **CAPÍTULO SEGUNDO - DERECHO PROCESAL DEL ENEMIGO**

#### **2.1. Concepto y origen del Derecho procesal del enemigo**

El reflejo del Derecho del enemigo tanto en el Derecho sustantivo como en el Derecho procesal lo resume el profesor Jakobs en una entrevista concedida en 2006<sup>71</sup> de una manera muy sencilla. A la pregunta de ¿cómo define el Derecho penal del enemigo?, el profesor responde: “Es un fenómeno que se da en todos los ordenamientos jurídicos de los países occidentales, y consiste en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un acto delictivo, sin esperar a una lesión posterior tardía. Se sancionan la conducta y la peligrosidad del sujeto, y no sus actos. El mismo fenómeno se da en el ámbito procesal, especialmente con la restricción de algunos ámbitos privados. Por ejemplo, la posibilidad de allanamiento de morada con fines investigativos, la posibilidad de registro de viviendas o la instalación de micrófonos o instrumentos para escuchas telefónicas. En esencia, el concepto de derecho penal del enemigo es una noción descriptiva que define algo existente en los ordenamientos democráticos actuales y designa aquellos supuestos de especial peligrosidad para distinguirlos de aquellos otros supuestos en los que se produce una relación jurídica entre ciudadanos”.

Como hemos explicado en el capítulo anterior, la doctrina del Derecho del enemigo tiene implicaciones tanto a nivel de Derecho penal sustantivo como a nivel de Derecho procesal. En base a ella, la restricción o minimización de las garantías y derechos procesales de los imputados se plantearía como un derecho de guerra que lucha contra algo en el que el acusado se transforma en no-persona por haber abandonado el Derecho.

---

<sup>71</sup> JAKOBS, G: Entrevista concedida al diario La Nación, el 26 de julio de 2006.

Para el profesor Jakobs, “las regulaciones de Derecho penal del enemigo se encuentran tanto en el Derecho material cuanto en el Derecho procesal”. Tal y como señala en un artículo publicado en 2009<sup>72</sup> “la situación en el Derecho material se corresponde con la procesal. El inculpado, en el caso normal del proceso penal del Estado de Derecho, es sujeto procesal, persona que participa activamente. Eso diferencia precisamente el proceso reformado del proceso inquisitorial. Como ejemplos de su posición como sujeto procesal activo pueden mencionarse el derecho de audiencia (derecho a ser oído), el derecho a solicitar la práctica de pruebas, el derecho de asistir a interrogatorios, así como, especialmente, el derecho a no ser engañado de manera ilícita, ni coaccionado, ni ser sometido a tentaciones. Eso es una parte del proceso penal”. Y frente al sujeto procesal representado por las personas, encontramos el sujeto procesal representado por enemigos contra los que “surge la nuda coacción manifestada de diversas formas, especialmente en la prisión preventiva. De manera comparable a lo que sucede en la custodia de seguridad, la prisión preventiva no reconoce al imputado como persona, sino que se reduce a coacción física ejercida frente a él. Y ello no porque el imputado debe presenciar el proceso -en el proceso participa también una persona imputada, y además lo hará por convicción- sino porque es obligado a ello mediante su detención. Esta coacción no se dirige contra la persona en Derecho -ésta ni oculta pruebas ni huye, esto es, no cumple los presupuestos de la prisión preventiva- sino contra el individuo, el cual, con sus instintos y miedos naturales, deviene peligroso para el desarrollo correcto del proceso; esto es, se comporta en ese sentido como un enemigo. Lo mismo sucede en relación a las restantes medidas de inspección o control de las cuales el inculpado nada sabe en el momento en que se llevan a cabo, o en todo caso no debe de saber nada, pues esas medidas únicamente tienen virtualidad hasta tanto el inculpado las desconozca. Entre ellas pueden mencionarse, por ejemplo, la intervención de telecomunicaciones, otras investigaciones secretas y la intervención de agentes de investigación encubiertos. Al igual de lo que sucede en el Derecho penal del enemigo sustantivo, también es este ámbito el afectado resulta excluido de su Derecho, porque ya no se espera más que vaya a cumplir con sus obligaciones”<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> JAKOBS, G: “En los límites de la orientación jurídica: derecho penal del enemigo” en JACKOBS, G/POLAINO-ORTS, M: *Terrorismo y Estado de Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2009), págs. 57-58.

<sup>73</sup> JAKOBS, G: “En los límites de la orientación jurídica...”, op.cit.,pág. 58.

En este sentido, y en relación con los riesgos terroristas, Jakobs considera que, al igual que en el Derecho material, en el Derecho procesal del enemigo operan las más drásticas regulaciones. En palabras del profesor alemán: “Basta para ello mencionar la figura de la incomunicación: la suspensión de la posibilidad de comunicación entre el detenido y su abogado defensor a efectos de evitar peligros para la vida, integridad física o la libertad de una persona. Las mencionada instituciones jurídico-procesales no deben ser rechazadas en su integridad; ellas pueden resultar necesarias para proteger a la sociedad frente a sus enemigos. Pero es de esperar que pueda llamarse a dichas instituciones por su verdadero nombre: una “vigilancia secreta masiva” contra un ciudadanos o investigaciones encubiertas dirigidas contra él no encajan en su concepto de ciudadano. Antes bien, se dirigen frente a individuos en los cuales la presunción de un comportamiento fiel al Derecho ya no rige más, puesto que los sujetos que ya no son tratados como ciudadanos, como personas en Derecho, en sentido pleno, sino que en mayor o menor medida son concebidos como enemigos”<sup>74</sup>.

De una manera más clara, para Jakobs, “la supresión de derechos, encaminada no a la reparación del daño en un sentido amplio, sino al combate de una fuente de peligro, es lucha y –con ello- guerra. Cualquier otra palabra sería un eufemismo. La guerra puede ser de escasa entidad y momentánea, por ejemplo, una prueba obligada de extracción de sangre como demostración de una conducción bajo los efectos del alcohol. Pero incluso en un caso tan insignificante como ése se trata de que una persona en Derecho resulta administrada coactivamente contra su voluntad, lo cual es incompatible con el concepto de persona”<sup>75</sup>.

En el Derecho del enemigo se renuncia a las garantías procesales y materiales del Derecho de la normalidad. El recorte de garantías y beneficios de excarcelación se trasladan al propio derecho procesal penal, con la creación de figuras como la prisión preventiva incondicional y sin fianza frente a ciertos delitos como el de la criminalidad organizada, terrorismo, tráfico de drogas, pornografía infantil..., en estos casos se pretende encontrar su legitimación a partir de la necesidad de la eliminación de un peligro potencial o futuro.

---

<sup>74</sup> JAKOBS, G: “En los límites de la orientación jurídica...”, op.cit.,pág. 60.

<sup>75</sup> JAKOBS, G: “En los límites de la orientación jurídica...”, op.cit.,pág. 61.

En este sentido se pone en cuestión la presunción de inocencia, por ser opuesta o contraria a la búsqueda de la verdad en el procedimiento, se introducen medidas amplias de intervención de las comunicaciones, de investigación secreta o clandestina, de incomunicación, se reducen considerablemente las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba, se amplían los plazos de detención policial para el cumplimiento de los fines investigadores, así como la prisión preventiva y en el ámbito teórico se reivindica incluso la licitud de alguna forma de tortura tanto psíquica como física.

Este tipo de medidas encuentran una amplia acogida en la legislación antiterrorista aprobada, sobre todo, tras los atentados del 11 de septiembre de EEUU. Si bien es cierto que dicha legislación supone, en buena medida, una limitación o restricción de algunos derechos y garantías de las personas investigadas, no deben mezclarse las medidas más propias del derecho de guerra con medidas limitadoras de derechos y garantías en casos excepcionales como puede ser la persecución de la delincuencia terrorista.

Es por ello que, como indicaba el profesor Juan Terradillos Basoco, “el terrorismo no es un fenómeno coyuntural, sino una forma de criminalidad incardinada en la cotidianidad y percibida por el poder como un elemento patológicamente estructural”, y por eso no es conveniente hacerle “frente con instrumentos transitorios”<sup>76</sup>. De ahí que para oponerse a él lo más adecuado sea -frente a medidas militares o excepcionales- a través de la legislación ordinaria, aunque para ello sea necesario el reconocimiento de algunas especificidades propias de este tipo de delincuencia. De esta manera nos estaremos asegurando una respuesta acorde con los principios propios de un Estado de Derecho y una adecuada administración de justicia.

Como decíamos, los atentados del 11 de septiembre en EEUU abrieron un amplio proceso de reformas legislativas en materia de lucha antiterrorista tanto en este país como en Europa, que han supuesto una evidente limitación de derechos fundamentales y libertades públicas en pro de la seguridad. Estas medidas legislativas han incidido fundamentalmente en derechos como la libertad y seguridad personales, aumentándose el tiempo de duración de la detención preventiva; la tutela judicial

---

<sup>76</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.: *Terrorismo y derecho*, Tecnos. Madrid (1988). Pág. 13.

efectiva, con la creación de Tribunales militares de excepción; el derecho a un proceso con todas las garantías al ser afectados los sistemas de recursos o de pruebas; o el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas y a través de internet, permitiendo la interceptación de comunicaciones telefónicas sin mandato judicial, admitiendo la “interceptación preventiva” u obligando a los operadores telefónicos o las empresas de internet a entregar registros de la actividad y correos electrónicos de los sospechosos de terrorismo, etc.

La justificación a dichas medidas lo encontramos en el derecho a la seguridad de los ciudadanos frente a los riesgos que supone una delincuencia como la terrorista, pero esa justificación no es ilimitada y necesariamente debemos poner unos límites que marquen la diferencia entre el terrorismo y las medidas para hacerle frente.

Si planteamos el fenómeno del terrorismo como vulneración de derechos humanos, necesariamente debemos plantear la represión a dichos fenómenos desde el respeto a esos derechos humanos. De ahí que necesariamente, junto a la búsqueda de una lucha eficaz frente al terrorismo -a través de una minimización de garantías-, se busque el respeto de los derechos fundamentales propios de un Estado de derecho.

Cierto es que el fenómeno del terrorismo es un fenómeno complejo. En palabras de Fernando Miró: “Aunque existan tantas definiciones de terrorismo como variedades del fenómenos, es posible identificar características esenciales que parecer marcar el modo de respuesta legal al problema. Por una parte el terrorismo es violencia, y la repercusión de ésta es tanto particular (al afectar a los bienes jurídicos individuales más importantes) como colectiva (al alterar las condiciones de convivencia social hasta el punto de poder llegar a poner en peligro la propia estabilidad del Estado). Por otra parte, está presente siempre en el terrorismo una dimensión ideológica como génesis motivacional de sus actos. Así, el objetivo directo o inmediato del terrorismo consiste en provocar terror en la sociedad por medio de la realización de actos criminales para, de este modo, exigir como condición de cese de la violencia el logro de algún objetivo último de carácter político. Finalmente, el terrorismo es un tipo de delincuencia



caracterizada por el carácter organizativo, con toda la problemática de investigación procesal y peligrosidad desde el punto de vista sustantivo que la misma conlleva”<sup>77</sup>.

Miró continúa afirmando que “frente a esta delincuencia que lesiona, hace peligrar y desestabiliza los bienes de las personas, los cimientos del Estado y las democracias, respectivamente, los Estados democráticos han tendido a estirar los límites de la democracia hasta el punto de convertir las leyes anti-terroristas en auténticos laboratorios donde distintas normas penales y procesales han puesto a prueba la resistencia de los principios y derechos que rigen un Estado social y democrático de Derecho”<sup>78</sup>.

Estas particularidades de la delincuencia terrorista son las que llevan a los Estados a aprobar legislaciones específicas que en algunos casos pueden bordear con una auténtica excepcionalidad democrática. Entre dichas particularidades Miró destaca varias:

En primer lugar: “La gran dañosidad que produce el terrorismo unida a la existencia de un propósito inmediato de desestabilizar a la sociedad y uno último de lograr algún tipo de objetivo político, produce una sensación de inseguridad a la que suelen venir aparejadas respuestas rápidas, a veces precipitadas, de los Estados y caracterizadas por tratar de contrarrestar esa sensación con una mal entendida, pero bien percibida, seguridad”; y en segundo lugar: “La necesidad de ofrecer a la sociedad una sensación de inflexibilidad ante algo tan terrible como es el terrorismo vence muchas veces a la racionalidad que exige reflexión a los efectos de lograr la mayor efectividad posible en la intervención penal”<sup>79</sup>.

Es por ello por lo que el Derecho procesal penal se plantearía “como un modelo de intervención penal utilizado por el Estado frente al terrorismo para tratar de

---

<sup>77</sup> MIRÓ LLINARES, F: “Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001” en *Cuadernos de política criminal*, ISSN 0210-4059, Nº 87, 2005, págs. 185-228.

<sup>78</sup> MIRÓ LLINARES, F: “Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo...”, op.cit., págs. 187 y 188.

<sup>79</sup> MIRÓ LLINARES, F: “Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo...”, op.cit.,pág. 211.

mostrarse inflexibles ante la sociedad frente a las ofensivas o crisis de delincuencia fundamentalmente terrorista”<sup>80</sup>.

Tal y como refiere el profesor de Derecho Procesal Víctor Moreno Catena, “el terrorismo pretende provocar una gran inseguridad colectiva y, por eso mismo, demanda de los poderes públicos respuestas eficaces, pues es responsabilidad de éstos devolver a la seguridad y la tranquilidad a los ciudadanos y, además, paliar los efectos perniciosos que la comisión de brutales hechos delictivos ha provocado”<sup>81</sup>. Es por ello por lo que propone que frente al terrorismo “se deben adoptar medidas de carácter represivo, que inciden en el sistema penal, esto es, sobre el complejo conjunto de disposiciones que, por un lado, diseñan prohibiciones de actuación, marcando así las conductas que merecen un reproche punitivo por afectar a bienes jurídicos de suprema importancia -en el Derecho penal-, y, por otro lado, regulan el modo y las garantías para el enjuiciamiento de esas conductas -en el Derecho procesal penal-, medidas todas ellas que en ocasiones se revelan ineficaces, puesto que cuando se trata de delincuentes que se inmolan como mártires de una causa, el Derecho penal obviamente no sirve”<sup>82</sup>.

Como señala el profesor Moreno Catena: “El Derecho penal no basta para hacer efectiva la represión de las conductas criminales, es preciso articular el instrumento adecuado para lograr la sanción de esas conductas, es decir, un proceso que permita la debida aplicación de la ley penal, pues el Estado no puede ejercer el *ius puniendi* sin pasar por el proceso, o al menos de una forma legítima”<sup>83</sup>.

En este sentido es importante destacar que “el proceso penal probablemente representa el principal campo de tensión entre la seguridad pública y los derechos fundamentales de quien se ve sometido al mismo, comenzando por su derecho a la libertad, que aparece seriamente amenazado, tanto en razón de las medidas cautelares que puedan adoptarse durante la sustanciación del proceso como por la definitiva

---

<sup>80</sup> MIRÓ LLINARES, F: “Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo...”, op.cit.,pág. 214.

<sup>81</sup> MORENO CATENA, V: “El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa” en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. Pág. 370.

<sup>82</sup> MORENO CATENA, V: “El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y...”, op.cit.,pág. 374.

<sup>83</sup> MORENO CATENA, V: “El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y...”, op.cit.,pág. 377.

imposición de una pena en una eventual sentencia condenatoria. Ahora bien, no cabe duda de que, junto al derecho a la libertad, es también un valor digno de especial protección la seguridad pública, la imperturbabilidad de la tranquilidad personal y el disfrute de las libertades de cada individuo. Y precisamente la protección de la seguridad pública cuenta con el proceso como uno de sus más importantes elementos, pues es el dispositivo de cierre de la lucha contra la criminalidad. Luego, el proceso penal es piedra angular sobre todo frente a aquella especialmente dañosa y grave, como es la terrorista, que pretende o consigue poner en jaque a las legítimas estructuras de poder y la pacífica convivencia<sup>84</sup>.

Por ello, y en lo que a la lucha frente al terrorismo se refiere, no podemos olvidar que “el otro frente desde donde se suele combatir jurídicamente el terrorismo es desde el campo del proceso penal, es decir, arbitrando mecanismos singulares con los que se pretende dispensar una mejor respuesta en Derecho, una solución más eficaz, contra esa delincuencia. Sin embargo, tales medidas jurídicas no están exentas de dificultades, pues las normas especiales en el proceso introducen en realidad discriminaciones en el tratamiento de los sujetos que difícilmente pueden sostenerse<sup>85</sup>”. En otras palabras, un proceso penal que busque la eficacia de las investigaciones pero sin perder de vista el respeto de los derechos humanos.

## **2.2. Fundamento del Derecho procesal del enemigo: derecho a la seguridad**

El terrorismo consiste, en definición del art. 1.1 de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo (Decisión 2002/475/JAI, DO L 134 de 22.02.2002, p.3) en la comisión de delitos graves por miembros de un grupo o una organización que, por su naturaleza o por el contexto en que se realizan, pueden lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autos los cometa con el fin de intimidar gravemente a una población, obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo, o desestabilizar gravemente o

---

<sup>84</sup> MORENO CATENA, V: “El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y...”, op.cit.,pág. 378.

<sup>85</sup> MORENO CATENA, V: “El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y...”, op.cit.,pág. 381.

destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional.

Esa finalidad de intimidación grave sobre la población se traduce en efectos muy reales y directos sobre los derechos humanos, con consecuencias devastadoras para el ejercicio del derecho a la vida, la libertad y la integridad física de las víctimas. Además de ese costo individual, el terrorismo puede desestabilizar gobiernos, socavar la sociedad civil, poner en peligro la paz y la seguridad y amenazar el desarrollo social y económico. Todos estos tienen también efectos reales sobre el goce de los derechos humanos.

Según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “la seguridad del individuo es un derecho humano fundamental y, en consecuencia, la protección de los individuos es una obligación fundamental del gobierno. Los Estados, en consecuencia, tienen la obligación de velar por los derechos humanos de sus nacionales y de otros mediante la adopción de medidas positivas para protegerlos contra la amenaza de actos terroristas y para llevar ante la justicia a los autores de esos actos”<sup>86</sup>.

Se ha reconocido el efecto destructivo del terrorismo sobre los derechos humanos y la seguridad en el más alto nivel de las Naciones Unidas, en especial el Consejo de Seguridad, la Asamblea General, la antigua Comisión de Derechos Humanos y el nuevo Consejo de Derechos Humanos. Concretamente, los Estados Miembros han determinado que el terrorismo:

- Amenaza la dignidad y la seguridad de los seres humanos en todas partes, pone en peligro o cobra vidas inocentes, crea un entorno que destruye el derecho de la población a vivir sin temor, pone en peligro las libertades fundamentales y tiene por objeto destruir los derechos humanos.

---

<sup>86</sup> OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Los Derechos Humanos, el Terrorismo y la Lucha contra el terrorismo*. Folleto informativo n° 32.

- Tiene efecto negativo sobre el establecimiento del imperio de la ley, socava la sociedad civil pluralista, procura la destrucción de las bases democráticas de la sociedad y desestabiliza gobierno legítimamente constituidos.
- Tiene vínculos con la delincuencia organizada transnacional, el tráfico de drogas, el blanqueo de dinero y el tráfico de armas, así como con el transporte ilegal de material nuclear, químico o biológico, y también está relacionado con la posterior comisión de delitos graves como asesinatos, extorsiones, secuestros, agresiones, tomas de rehenes y robos.
- Tiene consecuencias adversas para el desarrollo económico y social de los Estados, pone en peligro las relaciones de amistad entre los Estados, y tiene efectos perniciosos sobre las relaciones de cooperación entre los Estados, incluida la cooperación para el desarrollo.
- Y por último, amenaza la integridad territorial y la seguridad de los Estados, constituye una violación grave de los propósitos y principios de las Naciones Unidas, es una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, y su represión es un elemento esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

De la misma manera que se habla del derecho humano a la seguridad del individuo, el respeto de los derechos humanos y el imperio de la ley deben constituir la base fundamental de la lucha global contra el terrorismo. Esto requiere la formulación de estrategias nacionales contra el terrorismo que procuren prevenir actos de terrorismo, enjuiciar a los responsables de esos actos criminales y promover y proteger los derechos humanos y el imperio de la ley.

Las normas internacionales y regionales de derechos humanos dejan claro que los Estados tienen a la vez el derecho y la obligación de proteger de los ataques terroristas a las personas que se hallan dentro de su jurisdicción. Esto deriva de la obligación general de los Estados de proteger a las personas dentro de su jurisdicción contra la injerencia en el ejercicio de los derechos humanos. Más concretamente, se reconoce esta obligación como parte de las obligaciones de los Estados de velar por el respeto del derecho a la vida y a la seguridad.

Con el fin de cumplir con las obligaciones que le incumben con arreglo a las normas de derechos humanos de proteger la vida y la seguridad de las personas de su jurisdicción, los Estados tienen el derecho y la obligación de adoptar medidas efectivas contra el terrorismo para prevenir y disuadir de futuros ataques terroristas y enjuiciar a los responsables de realizar este tipo de actos.

Para el cumplimiento de este fin los Estados han venido aprobando una serie de medidas que en la mayoría de los casos suponen una limitación en el ejercicio de los derechos fundamentales y garantías de las personas que son investigadas por este tipo de delincuencia. Es importante destacar, aunque se desarrollará con mayor detenimiento en los próximos capítulos, que la mayoría de estas medidas adoptadas contra el terrorismo se aprueban en el marco de las legislaciones ordinarias, pudiendo resultar permisibles algunas limitaciones del ejercicio de ciertos derechos humanos.

En contra de este tipo de limitaciones se ha manifestado en múltiples ocasiones el profesor Muñoz Conde para el que el moderno proceso penal característico del Estado de Derecho es el que consagra como valores supremos la presunción de inocencia del imputado y las garantías de sus derechos fundamentales frente al poder punitivo del Estado. En este sentido, ha desarrollado su teoría sobre las “prohibiciones probatorias” caracterizada por un garantismo llevado en ocasiones al extremo.

Para Muñoz Conde, las “prohibiciones probatorias” son “las que realmente constituyen el núcleo esencial de un proceso penal adaptado a las exigencias del Estado de Derecho, no solo en cuanto implicada de respeto a determinadas formalidades, garantías y competencias que deben ser observadas en la tramitación de un proceso penal, sino también en cuanto es o debe ser respetuoso con los derechos fundamentales del imputado en un proceso penal, que constituyen un límite que no puede ser franqueado nunca, ni siquiera en aras de una mayor eficacia en la búsqueda de la verdad y en la investigación y persecución del delito”<sup>87</sup>.

Dentro de esas prohibiciones, quizás la más importante de todas, y que según Muñoz Conde supuso un avance fundamental frente al anterior proceso penal de

---

<sup>87</sup> MUÑOZ CONDE, F: De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal del enemigo, Revista penal, ISSN 1138-9168, N° 23, 2009, págs. 73-114.

carácter inquisitivo, es la derivada del principio “*nemo tenetur se ipsum accusare*”, conforme al cual “nadie está obligado a declarar contra sí mismo” o aportar pruebas que lo incriminen. En palabras de Muñoz Conde: “De este principio se deducen derechos tan fundamentales en el moderno proceso penal como el derecho del acusado a la defensa, a guardar silencio, a no estar obligado a declarar o incluso a declarar falsamente, a la asistencia desde el primer momento de su detención a un abogado que le asesore, y, en definitiva, a que no se le obligue de un modo directo, mediante coacción, o indirecto, mediante engaño, a declararse culpable o suministrar datos que puedan facilitar la investigación de un delito en el que presuntamente puede haber participado”.

En este sentido debemos adelantar, aunque será desarrollado más adelante, que una cosa es el respeto al principio “*nemo tenetur se ipsum accusare*”, y otra diferente es llevarlo a tal extremo que prácticamente todos los medios de investigación no estén permitidos porque se presupone una supuesta ilicitud que llevaría aparejada una vulneración del derecho a no declararse culpable.

Una posible justificación de ciertas medidas dudosas la podemos encontrar en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de proporcionalidad por la que se admite que excepcionalmente se pueda recurrir a determinados mecanismos para la obtención de medios de prueba que, aun implicando una limitación de derechos y garantías de los imputados, sean compatibles con el principio *nemo tenetur* y con el de lealtad procesal, cuando se trate de hechos punibles de importante significado y siempre que el empleo de otros métodos fuera más complicado y menos eficiente para conseguir pruebas.

En palabras de Muñoz Conde: “Cualquiera que conozca el marco constitucional de un Estado de Derecho y los principios y Declaraciones internacionales de reconocimiento de los derechos humanos en los que se apoya, comprenderá inmediatamente, sea jurista o no, que la lucha contra el terrorismo, o contra cualquier tipo de delincuencia, sea o no violenta, tiene que tener también sus límites y ser llevada con los medios y formas que permite ese marco constitucional y las Declaraciones universales de derechos humanos. Y del mismo modo debe admitir que incluso en las guerras, declaradas oficialmente o no, deben respetarse determinados principios del Derecho Internacional de guerra y del Derecho humanitario, recogidos en las

Convenciones internacionales como la de la Haya o las de Ginebra, en el trato de los enemigos combatientes y de la población civil”. Pero sin perder de vista que un garantismo exacerbado puede desembocar en situaciones graves de impunidad frente a la delincuencia terrorista.

Cierto es que, tal y como señala Muñoz Conde, “en los últimos años se han planteado problemas de este tipo en relación, por ejemplo, con la legitimidad anticipada del Derecho penal en estadios aún muy relajados de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, criminalizando la apología o el enaltecimiento de actos o grupos terroristas o la colaboración con los mismos. También se ha planteado la licitud de algunos medios técnicos como los audiovisuales o el control de las escuchas telefónicas, de forma indiscriminada y sin control judicial, para obtener información y pruebas de los delitos de terrorismo, criminalidad organizada, etc. Pero donde se ha suscitado últimamente mayor discusión ha sido en relación con la situación jurídica y penitenciaria de los presos afganos y de diversas nacionalidades internados en la base americana de Guantánamo (Cuba) tras la Guerra de Afganistán a raíz de los sucesos del 11 de septiembre del 2001, y los malos tratos e incluso torturas que se les han infligido, como forma de obtener de ellos información sobre atentados terroristas pasados o que puedan volver a cometerse en el futuro. Estos hechos, unidos a otros concomitantes como la existencia de secuestros policiales de presuntos implicados en actividades terroristas y su traslado forzoso a otros países en vuelos secretos utilizando las bases de terceros países cuyos Gobiernos lo sabían, pero que hacían como si no lo supieran, o la misma existencia de cárceles secretas de la CIA donde se ha retenido o se está reteniendo a estas personas por tiempo indefinido y sin ningún tipo de información sobre su paradero, han provocado a nivel internacional una gran conmoción y una ola de protestas, aun mayor que en otros casos, en la medida en que los responsables de estos hechos han actuado en nombre y representación del país militarmente más poderoso del mundo, los Estados Unidos de América, y con la impunidad que les procura la protección de ese mismo país”<sup>88</sup>. Pero ciertos excesos cometidos no pueden llevarnos a convertir el proceso penal en prácticamente ineficaz a la hora de la persecución del terrorismo.

---

<sup>88</sup> MUÑOZ CONDE, F: De las prohibiciones probatorias al...”, op.cit., págs. 103 y 104.



Con ello no pretendemos, como concluye Muñoz Conde en su artículo anteriormente citado, “justificar todo lo que el Estado considere conveniente, útil o funcional para sus intereses, sin ningún tipo de límites o referencias valorativas, para conseguir la “seguridad cognitiva”, que otros llaman “seguridad nacional” o “políticas securativas”, entonces se debe decir claramente que el Estado de Derecho deja de serlo para convertirse en un Estado de No Derecho, y que el Derecho penal del Estado de Derecho deje el paso libre a un Derecho penal del enemigo con muy pocas o sin ninguna garantía, asumiendo claramente las consecuencias que de todo ello se deriven”<sup>89</sup>, sino buscar el equilibrio entre la garantía del derecho a la seguridad de los ciudadanos, a través de un proceso penal eficaz para hacer frente a la amenaza terrorista, y el respeto a los derechos y garantías fundamentales de los investigados propios de un Estado de Derecho.

Una de las principales críticas por parte de la doctrina se fija en el aspecto subjetivo del concepto seguridad y en la necesidad de distinguir entre “necesidades objetivas de seguridad y sensaciones subjetivas de inseguridad”<sup>90</sup>. En este sentido, autores como José Luis González Cussac sostienen que “sin ulteriores matices, emerge la idea de seguridad como criterio legitimador de todas las políticas de intervención punitiva. Con ello se desarrolla un tratamiento plano, homogeneizado y por tanto dúctil del concepto de seguridad. Esta simplificación comporta una instrumentalización del concepto de seguridad que sirve indistintamente tanto para legitimar decisiones de política criminal en el ámbito de la violencia doméstica, como también para justificar la política de defensa de estrategia nacional”<sup>91</sup>.

Para González Cussac: “Los cambios fundamentales operados tras los ataques terroristas del 11S en suelo norteamericano residen en dos aspectos. El primero hace referencia a “la escala del peligro” y el segundo a la envergadura del grupo. Según el profesor Heymann la cantidad de daño ha cambiado, y ya no nos encontramos con “pequeños daños” o daños limitados, sino con terroristas dispuestos a usar armas de

---

<sup>89</sup> MUÑOZ CONDE, F: De las prohibiciones probatorias al..., op.cit.,pág. 114.

<sup>90</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L: *Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*. Lección inaugural del curso 2005/06 UNIVERSARI UJI. Castellón de la Plana, págs. 5-6.

<sup>91</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L: *Derecho penal frente al terrorismo...*, op.cit.,págs. 11-12.

destrucción masiva o medios susceptibles de ocasionar grandes estragos y masacres indiscriminadas”. Y esto implica que “hay una evidente necesidad de definición legal y normativa de terrorismo, porque lo que es obvio es que recibe un tratamiento sustantivo y procesal penal excepcional, o cuanto menor especial. De modo que, la más elemental noción de seguridad jurídica obliga a determinar previamente a qué y a quién se va a aplicar la normativa especial antiterrorista”<sup>92</sup>, reivindicando la “necesidad de establecer el estatuto jurídico del terrorista”<sup>93</sup>.

En lo que respecta al caso español, el catedrático de Derecho penal refiere que “en el caso español, como en otros europeos, la normativa especial antiterrorista de las décadas de los setenta y ochenta, incorporó sus contenidos al Derecho penal y procesal común, otorgando carta de naturaleza a un Derecho de emergencia. Pero cuando el sistema jurídico reconoce la emergencia como una situación permanente, ésta deja de serlo para convertir lo transitorio en duradero”<sup>94</sup>.

Dado el carácter estructural del fenómeno del terrorismo, y que no se trata de una cuestión transitoria sino de un problema permanente para la seguridad de nuestros Estados, la solución debe pasar más que por una respuesta transitoria ante una situación de emergencia, por una respuesta segura frente a una amenaza. De ahí que más que hablar de un Derecho de emergencia habría que hablar de un Derecho de la seguridad.

### **2.3. Finalidad del Derecho procesal del enemigo**

Si el fundamento de estas medidas lo encontramos en el derecho a la seguridad, la justificación estaría en un modelo de proceso penal basado en su eficacia. De lo contrario estaríamos propugnando la impunidad, aunque fuera de manera indirecta, con lo que ello acarrea en este tipo de delincuencia con tan grandes implicaciones sociales y políticas.

---

<sup>92</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L: *Derecho penal frente al terrorismo...*”, op.cit.,págs. 22-23.

<sup>93</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L: *Derecho penal frente al terrorismo...*”, op.cit.,pág. 15.

<sup>94</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L: *Derecho penal frente al terrorismo...*”, op.cit.,pág. 32.

Con carácter general podemos decir que, desde un punto de vista operativo de las organizaciones terroristas, estas medidas han sido eficaces en la lucha contra el terrorismo. A día de hoy podemos decir que prácticamente todas las organizaciones terroristas que venían operando en Europa han sido neutralizadas y desactivadas y que la amenaza terrorista actualmente vigente para Europa se limita a la del terrorismo yihadista. Si comenzáramos este estudio con las cifras del terrorismo de los últimos años debemos destacar igualmente la cifra de atentados frustrados en estos últimos años, gracias al buen hacer de las fuerzas y cuerpo de Seguridad del Estado y a los medios de investigación con que cuentan para hacer frente a este tipo de delincuencia. Y parte de esos medios de investigación son los que analizaremos en este estudio.

En este sentido, y tomando como referencia el marco de la Unión Europea, durante el año 2015 fueron arrestados 1.077 individuos en toda la UE por delitos relacionados con el terrorismo<sup>95</sup>. Según Europol, el país con mayor número de detenciones por delitos relacionados con el terrorismo fue Francia, con un total de 424 arrestos; seguido de España, 187, y Reino Unido con 134 detenciones. Del total de detenidos, el 94% de los individuos juzgados por terrorismo fueron declarados culpables o procesados. Igualmente en dicho Informe se hace referencia a que a lo largo de 2015 fueron doce los Estados miembros que aprobaron nuevas leyes o modificaron la legislación existente para combatir el terrorismo.

Debemos destacar la existencia de un grupo de autores (en referencia a Lesch, Müssing y Pawlik) que justifican la necesidad de aplicar en la investigación del delito un conjunto de medidas, entre las que destacan el uso de confidentes policiales, la intervención de particulares que aporten pruebas o las medidas de vigilancia telefónica. Como puede comprobarse, son actuaciones que, sin duda, lesionan diversos principios procesales y constitucionales pero que en ocasiones son imprescindibles para la persecución de este tipo de criminalidad.

En esta línea se ha mostrado Roxin al reconocer: “La necesidad de armonizar, por un lado, el interés en la búsqueda de la verdad y, por otro el interés del procesado en

---

<sup>95</sup> EUROPOL: *TE-SAT 2016, European Union Terrorism Situation and Trend Report 2016/Tendencias y Situación del Terrorismo en la UE (TE-SAT) 2016*.

la salvaguardia de sus derechos individuales”<sup>96</sup>. En este sentido, partiendo de la defensa de la preeminencia de los principios procesales y, como no, del principio de la no autoincriminación frente a la coacción estatal o cualquier otro tipo de medios ilegales empleados en la confesión del sospechoso, reconoce la posibilidad de establecer por ley algunas injerencias. “No obstante, no están permitidas estas injerencias de forma absoluta, sino que están vinculadas al cumplimiento de condiciones exactamente determinadas, en las cuales se pone de manifiesto el equilibrio que existe entre el interés en la investigación criminal y la protección de la persona”<sup>97</sup>. Asimismo, continúa señalando Roxin que “estas reglas de delimitación precisa traen como consecuencia que no puedas usarse procesalmente los medios de pruebas obtenidos sino no se han cumplido los preceptos legales”<sup>98</sup>.

Llevado al extremo se podría llegar a afirmar que el principio de prohibición de valoración de la prueba puede lesionar el concepto de verdad procesal. Por ello, de lo que se trata es de articular un proceso penal en el que se pueda compaginar la investigación hacia el autor y la acción, la lucha contra las organizaciones criminales y el respeto de los principios y garantías del proceso penal.

En España se ha desarrollado una legislación procesal-penal (con un tránsito de la excepcionalidad a la generalización mediante su incorporación al Código penal y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal) que ha posibilitado la exclusión de algunas garantías de los inculcados pertenecientes a la criminalidad organizada -básicamente terrorismo y tráfico de drogas-. Así se han convertido los actos preparatorios en tipos autónomos; se ha creado la figura del terrorista “individual” (LO 7/2000, de 22 de diciembre); se ha vulnerado el criterio de proporcionalidad (LO 5/2000, de 12 de enero); se ha sancionado la libertad ideológica y la de expresión (LO 7/2000, de 22 de diciembre), e infringido, asimismo, la actual Ley General penitenciaria al imponer la dispersión de presos terroristas nacionalistas. Del mismo modo, al amparo del artículo 55.2 de la CE, que permite que una Ley Orgánica pueda suspender los derechos del plazo de detención del artículo 17.2, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones de los

---

<sup>96</sup> ROXIN, C: *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 121.

<sup>97</sup> ROXIN, C: *La evolución de la Política criminal...*”, op.cit.,pág. 145.

<sup>98</sup> ROXIN, C: *La evolución de la Política criminal...*”, op.cit.,pág. 146.

apartados 2 y 3 del artículo 18 respecto a aquellas personas que presuntamente se hallen vinculadas a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, se aprobaron Leyes Orgánicas que suprimieron garantías básicas de los detenidos y presos (LO 11/1980, de 1 de diciembre y 9/1984, de 26 de diciembre).

Para el profesor Javier Hernández García, la existencia de una “tensión entre el deber estatal de persecución eficaz del delito y el deber también estatal de protección de los derechos del ciudadano debe resolverse necesariamente sometiendo, por un lado, la actividad investigadora del Estado a rígidas condiciones de producción y desarrollo y, por otro, la acción penal ya desde su arranque hasta el propio acto del juicio oral, a no menos intensas condiciones de contradicción y defensa”<sup>99</sup>.

Si bien es cierto que el profesor Hernández García considera que una percepción del proceso penal en términos de productividad de seguridad pública “y para las que la determinación del número y porcentaje de sentencias condenatorias resulta un dato descriptivo del modelo de particular importancia”<sup>100</sup>, resulta de difícil encaje en el diseño que la Constitución realiza del modelo de intervención penal; también considera que “la anterior conclusión no implica, desde luego, que el principio de la seguridad resulte indiferente o que se niegue el valor del proceso penal como instrumento legítimo de castigo de aquellos comportamientos intolerablemente lesivos de bienes jurídicos que sean constitutivos de delitos, lo que se pretende afirmar es que aquel no puede concebirse exclusivamente como un mecanismo funcional de política-criminal contra la delincuencia tendente a obtener el máximo de los rendimientos sancionatorios, en el término más breve posible que determine, hasta desfigurarlo, su justificación y diseño”<sup>101</sup>.

Una concepción del proceso penal como función comunicativa de relevancia constitucional no es incompatible como un modelo funcional del proceso penal que busque la seguridad de los ciudadanos. De esta manera, reconoce el profesor Hernández

---

<sup>99</sup> HERNÁNDEZ GARCÍA, J: “Rapidez y reforma de proceso penal”, Jueces para la democracia, ISSN 1133-0627, N° 44, 2002, págs. 28 y ss.

<sup>100</sup> HERNÁNDEZ GARCÍA, J: “Rapidez y reforma de proceso penal...”, op. cit.

<sup>101</sup> HERNÁNDEZ GARCÍA, J: “Rapidez y reforma de proceso penal...”, op. cit.

García que: “instrumentos de aceleración destinados a aumentar la capacidad funcional de la Administración de justicia penal pueden ser muy útiles pero deben ser legislados y observados con cuidado para que no se conviertan en una forma de acabar con el conjunto de las garantías que conforman el proceso penal propio del Estado Constitucional”<sup>102</sup>.

#### **2.4. Eficacia del proceso penal versus salvaguarda de las garantías procesales**

Existe un difícil equilibrio entre la seguridad y la defensa de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo en los Estados democráticos. Se ha venido debatiendo en qué medida un Estado democrático puede restringir o conculcar los derechos y libertades de los ciudadanos con el fin de garantizar la seguridad nacional.

Los derechos humanos constituyen, en general, el límite más allá del cual los Estados no deben rebasar, por muy buenos y loables que sean los fines que persigan.

En relación al terrorismo se discute si existe un derecho a la seguridad del ciudadano. A fin de garantizarlo, al Estado se le conferiría la facultad de restringir determinados derechos fundamentales (o civiles) de los individuos como condición necesaria para lograr un clima de seguridad que, una vez obtenido, permitiera poder gozar nuevamente de los derechos temporalmente restringidos.

Pero ¿todo vale en aras a la eficacia del proceso penal? Obviamente no, los límites los encontramos en el respeto a las garantías y derechos fundamentales de los investigados, en este caso, por delitos de terrorismo. Eficacia sí, pero no a cualquier precio. Y ese precio es el respeto del Estado de derecho.

No podemos perder de vista que las garantías procesales en un Estado de derecho no son solo para el delincuente, sino para todos los ciudadanos. Es una protección para todos frente a posibles arbitrariedades por parte del Estado. De ahí que la defensa de las mismas sea fundamental en todo sistema que se haga llamar

---

<sup>102</sup> HERNÁNDEZ GARCÍA, J: “Rapidez y reforma de proceso penal...”, op.cit.,pág. 29.

democrático. Ahora bien, el reconocimiento de la necesidad de salvaguarda de las garantías procesales no excluye la posibilidad de que en determinados casos, por ejemplo en los que esté en juego la seguridad de los ciudadanos, estas garantías puedan limitarse en aras a la eficacia de las investigaciones y de los procesos penales en un tipo de delincuencia como es la terrorista.

El sistema procesal-penal contra la criminalidad organizada se ha caracterizado por una constante restricción de los principios y derechos procesales básicos que han contribuido a la discusión entre la primacía del individuo y sus intereses (cuya máxima expresión lo encontraríamos en el principio de presunción de inocencia y el derecho a no declararse culpable) y el interés del Estado en una lucha efectiva contra la criminalidad organizada. Esto es, entre la búsqueda de la eficacia en el proceso penal y el derecho del inculcado al respeto de sus garantías procesales.

Esta tensión hace que se necesario alcanzar el equilibrio entre la búsqueda de la eficacia en las investigaciones contra la criminalidad organizada y el respeto a los derechos y garantías procesales del investigado. Teniendo siempre presente que la limitación de esos derechos y garantías procesales no implican necesariamente la violación o lesión de los mismos por parte del Estado.

En palabras del profesor alemán Claus Roxin: “Todo Derecho Procesal Penal legalmente instituido se enfrenta ante la necesidad de armonizar, por un lado, el interés en la búsqueda de la verdad y, por otro, el interés del procesado en la salvaguardia de sus derechos individuales”<sup>103</sup>. Estos derechos individuales, en lo que respecta al proceso penal, pueden agruparse en el Derecho a no declararse culpable y los Derechos referentes a la protección del ámbito privado.

El Derecho a no declararse culpable tiene a su vez una serie de manifestaciones:

- El derecho del inculcado a guardar silencio: nadie está obligado a auto-incriminarse en un proceso penal. Este derecho a guardar silencio y la valoración

---

<sup>103</sup> ROXIN, C: *La evolución de la Política Criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Tirant lo blanc. Valencia (2000). Pág. 121.

de ese silencio como posible indicio de culpabilidad ha sido algo ampliamente discutido por la doctrina y la jurisprudencia.

- La instrucción previa al inculpado sobre el derecho a no declarar. Ha sido mucho lo discutido sobre los efectos de esta no instrucción y si, a pesar de esta omisión, se permite valorar la declaración del procesado, cuando éste ha podido ejercer su derecho a no declarar o ha aceptado que su declaración se tenga en cuenta ya sea de manera expresa o tácita. Pero con ello no se relativiza la prohibición de valorar la declaración realizada en tales circunstancias, pues, en estos casos, el uso de la declaración se fundamenta en la libre decisión del investigado.
- El derecho a consultar con un abogado. El investigado tiene derecho en todo momento, incluso antes de su declaración, a consultar con un abogado de su elección.
- La protección frente a una auto-incriminación involuntaria. Se prohíbe todos los métodos de interrogatorio que restrinjan la libre actuación voluntaria del procesado y sanciona la violación de esta prohibición con la imposibilidad de usar en el proceso la declaración así conseguida. La legislación expresamente suele mencionar entre los métodos prohibidos los malos tratos, el agotamiento, los ataques corporales, el suministro de drogas, la tortura, el engaño, la hipnosis, las coacciones ilegales, la promesa de sentencias ilegales y la alteración de la memoria o de la capacidad de comprensión.
- La auto-incriminación ante entidades estatales fuera de un proceso penal pendiente. Un testigo puede negarse a contestar a una pregunta si la respuesta le pone en peligro de ser perseguido por la Justicia debido a un determinado hecho delictivo.

Y en segundo lugar, los derechos legales de injerencia en el ámbito privado no suelen estar permitidos de manera absoluta, sino que están vinculadas al cumplimiento de condiciones exactamente determinadas, en las cuales se pone de manifiesto el equilibrio que existe entre el interés en la investigación criminal y la protección de la persona. Estas reglas de delimitación precisa traen como consecuencia que no puedan



usarse procesalmente los medios de pruebas obtenidos si no se han cumplido los precepto legales. Estos medios de prueba serían el registro, la confiscación de efectos, las intervenciones telefónicas, la colocación de dispositivos de seguimiento, el control remoto de equipos informáticos y la intervención de cualquier tipo de comunicación realizada vía teléfono móvil u ordenador.

## **2.5. Límites: respeto a los principios y garantías**

Para lograr el equilibrio entre la búsqueda de la eficacia del proceso penal y la salvaguarda de las garantías procesales es necesario establecer unos límites. Esos límites los fijaremos en el respeto al núcleo esencial de los derechos fundamentales y de los principios y garantías procesales, sin excluir la posibilidad de establecer algún tipo de limitación en determinados supuestos.

A la hora de analizar ciertas medidas adoptadas por los Estados contra el terrorismo se suelen meter en el mismo saco circunstancias en absoluto comparables. No son comparables los centros de internamiento de extranjeros, los campos de concentración de Guantánamo, las cárceles y vuelos secretos de la CIA o los centros de tortura de Irak, casos todos ellos en los que podríamos hablar de suspensión generalizada de derechos y garantías; con otras medidas menos lesivas y que únicamente suponen una limitación de esos derechos y garantías, como la posibilidad de prorrogar el plazo de detención, la incomunicación de determinados detenidos o la posibilidad de proceder a la intervención de las comunicaciones sin autorización previa del juez.

En este sentido, es importante distinguir entre las medidas que se adoptan en los países occidentales (Europa y EEUU) contra el terrorismo y las medidas que se adoptan en los lugares de origen del conflicto (como podrían ser ahora Siria, Irak o Afganistán en su momento) que se corresponden con intervenciones militares más propias del derecho de la guerra (la Administración americana se decantó por una estrategia militar).

A diferencia de las medidas excepcionales adoptadas por EEUU (Guantánamo, tortura en la prisión iraquí de Abu Ghraib o las cárceles secretas de la CIA) las respuestas gubernamentales tras los atentados en Madrid (11-M) o Londres (7-J) han sido estrategias policiales y judiciales que, en términos generales, han respetado el marco de protección de los derechos humanos.

Es por ello necesario buscar un equilibrio entre la conservación del Estado de Derecho y de los bienes jurídicos esenciales, la adecuada respuesta al fenómeno terrorista que altera la paz y la convivencia, evitando así la indefensión de la sociedad. Posibles medidas para ello: prolongación del periodo de detención policial, autorización de la incomunicación sin derecho a entrevista con abogado, intervención judicial o gubernativa de la correspondencia o el teléfono, registro domiciliario sin mandato judicial, control del arrendamiento de viviendas o la posibilidad de dictar prisión incondicional para los presuntos autores de actos terroristas.

Cierto es que tales medidas pueden fácilmente desvirtuarse y crear efectos contraproducentes en la población cuando no cumplen los requisitos legalmente establecidas o, en el caso de España, los límites que la Constitución establece.

No obstante, no debemos perder de vista que el terrorismo actual no solo constituye un aumento cuantitativo de peligros conocidos hasta la fecha, sino que alcanza un nivel de peligro social hasta el momento desconocido. De ahí que para su persecución deban establecer límites dentro del Estado de Derecho para el combate al terrorismo: respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales y el respeto de la dignidad humana.

Como señala la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: “Velar a la vez por la promoción y la protección de los derechos humanos y las medidas eficaces contra el terrorismo plantea varios retos prácticos a los Estados. Un ejemplo de ello es el dilema que enfrentan los Estados para proteger las fuentes de información, que puede requerir que se limite la revelación de las pruebas en las audiencias relacionadas con el terrorismo a la vez que se respeta el derecho a un

juicio justo y el derecho a que se escuche a la persona acusada en una audiencia justa”<sup>104</sup>.

Considera el Alto Comisionado que estos retos no son insuperables y que “los Estados pueden cumplir efectivamente sus obligaciones de derecho internacional mediante la flexibilidad incorporada en el marco de las normas internacionales de derechos humanos, que permiten imponer limitaciones a algunos derechos y, dentro de circunstancias excepcionales muy limitadas, suspender algunas disposiciones de derechos humanos”<sup>105</sup>; destacando que “esos dos tipos de restricciones se concibieron concretamente para dar a los Estados la flexibilidad necesaria para tratar circunstancias excepcionales y simultáneamente, siempre que se reúnan ciertas condiciones, cumplan las obligaciones que les imponen las normas internacionales de derechos humanos”<sup>106</sup>. Es decir, recoge la posibilidad de establecer algunas limitaciones en el ejercicio de ciertos derechos, pero respetando algunas condiciones. Según el documento antes citado: “Tal como se prevé en convenios internacionales de derechos humanos, los Estados pueden legítimamente limitar el ejercicio de ciertos derechos, incluidos el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la libertad de asociación y reunión, la libertad de desplazamiento y el derecho al respeto de la vida privada y la familia. Con objeto de cumplir cabalmente sus obligaciones de derechos humanos a la vez que imponen esas limitaciones, los Estados deben respetar algunas condiciones. Además de respetar los principios de igualdad y no discriminación, las limitaciones deben estar previstas en la ley, deben procurar uno o más propósitos legítimos concretos y deben ser necesarias en una sociedad democrática”<sup>107</sup>.

Como señala el profesor Banacloche: “En la tesitura entre seguridad y libertad hay que ponderar muy bien las circunstancias concurrentes para evitar un predominio

---

<sup>104</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *Los Derechos Humanos, el Terrorismo y la Lucha contra el terrorismo*. Folleto informativo nº 32.

<sup>105</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *Los Derechos Humanos...*, op. cit.

<sup>106</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *Los Derechos Humanos...*, op. cit..

<sup>107</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *Los Derechos Humanos...*, op. cit.

indebido de una u otra que pueda desembocar en una injusticia”<sup>108</sup>. Ese equilibrio se ha concretado a través del principio de proporcionalidad, que si bien es cierto que no aparece regulado directamente en la LECrim su desarrollo es fundamentalmente jurisprudencial.

De esta manera, para proceder a la limitación del ejercicio de un derecho fundamental “ha de respetar dos presupuestos (uno formal y otro material) y cumplir con tres requisitos”<sup>109</sup>.

En primer lugar, desde un punto de vista formal, es necesario que se de un presupuesto de legalidad; esto es, que toda medida que limite el goce de los derechos y libertades debe ser prevista o autorizada previamente por la ley. Para ello: a) la ley debe ser apropiadamente accesible de manera que las personas tengan una indicación adecuada acerca de la forma en que la ley limita sus derechos, y b) la ley debe estar redactada con precisión suficiente para que las personas puedan regular su conducta. En el caso español esa ley debe de ser además orgánica.

En segundo lugar, debe darse un presupuesto de legitimidad; esto es, la medida debe responder con un fin legítimo y socialmente relevante. A este respecto, según Naciones Unidas, se consideran propósitos legítimos: la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la salud, las buenas costumbres y los derechos humanos y las libertades de otros. Asimismo, para la ONU, el importante objetivo de luchar contra el terrorismo se suele considerar propósito legítimo. Teniendo siempre en cuenta que los delitos que no constituyen actos de terrorismo, independientemente de su gravedad, no deben ser objeto de legislación contra el terrorismo. Tampoco una conducta que no revista la calidad de terrorismo debe ser objeto de otras medidas contra el terrorismo, aunque las realice una persona de quien también se sospeche que haya cometido delitos de terrorismo.

En relación con los requisitos que deben darse, en primer lugar, debemos señalar que toda limitación del ejercicio de los derechos y libertades debe ser necesaria

---

<sup>108</sup> BANACLOCHE, J/ZARZALEJOS, J: *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*. La Ley, Madrid, 2011, pág. 167.

<sup>109</sup> BANACLOCHE, J/ZARZALEJOS, J: *Aspectos fundamentales...*”, op.cit.,pág. 168.

en la búsqueda de un objetivo urgente y sus efectos sobre los derechos y libertades deben ser estrictamente proporcionales al carácter de ese objetivo. Asimismo, debe resultar la más idónea de todas las opciones posibles. Entendiéndose por más idónea, como la menos gravosa.

Dados los efectos del terrorismo sobre los derechos humanos, la seguridad y el funcionamiento de diversos aspectos de las sociedades internacionales y nacionales, para Naciones Unidas, no cabe duda de que la lucha contra el terrorismo internacional es un objetivo importante que, en principio, puede permitir la limitación de ciertos derechos. Sin embargo, la imposición de una limitación de ese tipo debe cumplir con los requisitos anteriormente expuestos: necesidad, idoneidad y proporcionalidad. A ese respecto, y a los efectos de determinar la importancia del objetivo de una medida determinada, será instructivo determinar: la forma en que la medida se vincula con la lucha contra una amenaza efectiva o potencial de terrorismo contra el Estado, la contribución de la medida a los marcos internacionales y regionales de lucha contra el terrorismo y, subsidiariamente, su contribución a otros intereses nacionales del Estado.

Por último, es importante señalar que este control a la hora de proceder a la limitación de derechos fundamentales debe de ser tenido en cuenta tanto desde el punto de vista del legislador, a la hora de la elaboración de leyes que limiten derecho fundamentales, como desde el punto de vista del juzgador, a la hora de la aplicación de dichas medidas.

## **2.6. Limitación de derechos por terrorismo en el ordenamiento español**

En lo que respecta al ordenamiento español en materia de terrorismo, el azote durante décadas de esa lacra ha originado que aquél, con el paso de los años, se haya ido perfeccionando en cuanto a su eficacia para combatir este tipo de delincuencia, y manteniendo el respeto a los derechos fundamentales y garantías procesales de los españoles.

Si bien es cierto que en el próximo capítulo se procederá a un análisis exhaustivo de la evolución en lo que respecta a la legislación antiterrorista que se ha ido aprobando en nuestro país, no podemos dejar de señalar que, en nuestro ordenamiento jurídico, la limitación de derechos por causas del terrorismo goza de amparo constitucional, al contemplarse en el art. 55.2 de la Constitución española. Aunque dicha limitación será objeto de examen en capítulos posteriores, es importante no perder de vista esta referencia de cara a sostener que: la adopción de medidas específicas limitadoras de derechos fundamentales para hacer frente a una delincuencia excepcional, como la delincuencia terrorista, no supone ninguna aberración jurídica ni debe ser rechazada grosso modo, sin pararse a analizar particularmente cada una de esas medidas.

Igualmente es importante señalar que la evolución de la amenaza terrorista que ha pendido sobre España -partiendo de un terrorismo anarquista durante el siglo XIX y parte del XX, siguiendo por un terrorismo de corte separatista y llegando a la actual amenaza del terrorismo internacional- ha supuesto una necesaria adaptación de los instrumentos legales a las nuevas circunstancias.

Hasta el año 2004 España disponía de instrumentos legales y “de estructuras de seguridad interior muy desarrolladas y altamente eficaces para luchar contra el terrorismo de ETA, pero estaban adaptadas para hacer frente al terrorismo nacional y no al internacional. Es a raíz del atentado del 11 de marzo de 2004, y una vez que se tuvo conciencia de que este fenómeno era una amenaza duradera, cuando se comenzaron a adoptar decisiones que han supuesto una importante reforma de la seguridad interior y de las capacidades de inteligencia, así como de mejora de la coordinación antiterrorista y de la cooperación internacional”<sup>110</sup>, y del marco jurídico para hacer frente a esta nueva amenaza terrorista.

La adaptación a este nuevo terrorismo internacional no ha causado, sin embargo, una modificación en la naturaleza de las leyes penales y procesales vigentes hasta el momento para hacer frente a este tipo de delincuencia. Las reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, recientemente aprobadas, mantienen el carácter de legislación ordinaria para hacer frente a esta delincuencia extraordinaria, no

---

<sup>110</sup> BARRENECHEA, L: “El respeto a los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo en España”, en *Comentario*, febrero 2009. FRIDE, pág. 4.

creándose una legislación especial antiterrorista, si bien se introducen novedades para hacer más eficaz la persecución y enjuiciamiento de este tipo de delitos.

Así, la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de terrorismo, tiene por objeto combatir singularmente el terrorismo yihadista, el cual, como señala la Exposición de Motivos de la norma, se caracteriza por haber incorporado nuevas formas de agresión, consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio, para emplearlos de manera cruel contra todos aquellos que, en su ideario extremista y violento, sean calificados como enemigos. Por tanto, se trata de combatir estas novedosas conductas.

De la misma manera, la Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, pretende, por un lado, el fortalecimiento de los derechos procesales de conformidad con las exigencias del Derecho de la Unión Europea y, de otro, la regulación de las medidas de investigación tecnológica en el ámbito de los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos personales garantizados por la Constitución de acuerdo a los nuevas formas de criminalidad y en concreto a las nuevas manifestaciones de la delincuencia terrorista.

Dicho esto, no podemos negar que tras el 11-S la lucha contra el terrorismo ha sido justificación de graves vulneraciones de los derechos humanos, como ha sucedido con casos conocidos como los vuelos de la CIA, la prisión de Guantánamo o las torturas en Abu Ghraib. En España, durante la larga lucha contra el terrorismo, también se han producido situaciones que han trasgredido los derechos humanos, pero la consolidación democrática, las lecciones aprendidas y la acumulada experiencia con el terrorismo han derivado en el reconocimiento de que al terrorismo solo se le puede vencer en el marco del Estado de derecho y desde el estricto respeto de la legalidad y los derechos humanos. Esta convicción ha marcado la política antiterrorista española en las últimas décadas, lo que no obsta a que haya aspectos que puedan ser mejorados.

El desafío de la amenaza terrorista exige el empleo de múltiples instrumentos que, sin menoscabar los derechos y libertades, posibiliten una respuesta policial eficaz. Por ello, si algunas medidas antiterroristas han permitido determinar su utilidad y efectividad en la lucha contra el terrorismo, y por tanto prevenir atentados y en consecuencia víctimas, quizá hubiera que valorar antes de recomendar su total supresión o modificación cual es la mejor alternativa que permita garantizar la protección de los derechos humanos sin restar eficacia a la lucha contra el terrorismo. Ese ha sido un importante debate planteado en muchos países tras el 11 de septiembre de 2001: alcanzar el término medio en que, garantizando la seguridad, no se ceda en el disfrute de derechos y libertades. Se trata de una cuestión compleja que, en países como España, con más de 40 años de terrorismo endógeno activo y tras haber sufrido el atentado más grave del terrorismo internacional en Europa, debe ser objeto de una profunda reflexión.

En nuestro país son muchas las voces que se muestran contrarias a la legislación antiterrorista actualmente vigente por considerarla vulneradora de los más elementales derechos y garantías. Sin embargo, estas críticas, más allá de poner en cuestión todas las medidas que se recogen en dicha legislación, no se paran a realizar un análisis pormenorizado de cada una de esas medidas y a proponer posibles soluciones para evitar esas supuestas vulneraciones, sino que se limitan a una descalificación general que resulta ser muy poco constructiva.

A modo de ejemplo, y como excepción, citaremos una de las pocas propuestas realizadas para evitar posibles excesos: nos referimos al conocido como “*Protocolo Garzón*”, que se recoge en un Auto de 13 de diciembre de 2006 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, del que era titular el Juez Baltasar Garzón, y que se aplicó por primera vez a once presuntos terroristas detenidos en Ceuta. En diciembre de 2006, Baltasar Garzón incorporó a sus investigaciones sobre delitos de terrorismo un procedimiento para reforzar las garantías de los detenidos en régimen de incomunicación para casos de terrorismo, respetando los estándares internacionales de organismos de Naciones Unidas y de Derechos Humanos, que en ese momento no se asumían en España.

Según la Ley de enjuiciamiento criminal española, toda persona sospechosa de pertenecer a banda armada o grupo terrorista puede, con autorización judicial, ser



mantenida en régimen de incomunicación a instancia de la autoridad que efectuó la detención. Si el juez lo autoriza, los sospechosos de terrorismo pueden permanecer detenidos en incomunicación por un periodo máximo de cinco días, que podrá prolongarse otros ocho días más en régimen de prisión provisional. En esencia, el objeto del régimen de incomunicación consiste en denegar la presencia del abogado elegido por el detenido, así como todo contacto con otras personas durante su vigencia. Pese a que en la legislación española se han establecido ciertas salvaguardas jurídicas al respecto (como la asistencia de un abogado, aunque designado de oficio), hay voces internacionales que ponen en cuestión este régimen. En este sentido, el Relator Especial contra la tortura de Naciones Unidas<sup>111</sup> opina que el mantenimiento de ese régimen resulta de suyo altamente problemático y abre la posibilidad de que se inflija un trato prohibido al detenido lo que, al mismo tiempo, expone a España a tener que responder a denuncias de malos tratos a detenidos.

Dicho Protocolo consistía en el establecimiento de una serie de medidas para reforzar las garantías de los detenidos en régimen de incomunicaciones para casos de terrorismo. Dichas medidas incluían: la grabación en vídeo de la persona detenida durante todo el tiempo de permanencia en dependencias policiales, excluyendo los espacios de intimidad y quedando la grabación a disposición del juzgado; la posibilidad de ser reconocido, siempre que fuere necesario, por un médico personal acompañado del médico forense de turno del servicio de la Audiencia Nacional; la obligación de los funcionarios policiales de notificar a la familia de la persona detenida su detención y su paradero; y la obligación de los funcionarios policiales de informar al juzgado de cualquier incidencia que se produzca durante la detención y sobre la situación de los detenidos, cada 12 horas y siempre que fuere necesario. De esta manera, lo que se pretende por parte del Juez Instructor es que el régimen de incomunicación resulte lo menos lesivo para el detenido.

Aunque esta cuestión será analizada con profundidad en el Capítulo correspondiente, es importante destacar que en este momento nos encontraríamos ante

---

<sup>111</sup> Cargo dependiente de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas cuyo cometido es el examen de las cuestiones relativas a la tortura. El mandato del Relator Especial abarca todos los países, independientemente de que el Estado haya ratificado la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. En el caso de España, el Relator Especial ha realizado dos visitas, octubre de 2003 y mayo de 2008, tras las cuales ha realizado los respectivos Informes con impresiones y recomendaciones.

el único caso, de nuestro ordenamiento jurídico en el que, más allá de la mera crítica a una medida concreta, se realiza una propuesta de actuación de cara a mantener dicha medida, pero con una serie de limitaciones que la hagan más respetuosa con los derechos y garantías del detenido.

## CAPÍTULO TERCERO - EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

### 3.1. Introducción

Desde que a finales del S.XIX entrara en vigor la primera Ley para combatir la delincuencia terrorista tal y como la conocemos hoy, un aspecto característico de la legislación antiterrorista ha sido “la presunción de vigencia temporal del fenómeno al que combate, confundiendo el final de grupos que practican el terrorismo con el fin del terrorismo como forma de violencia política”<sup>112</sup>.

En contra de esta tendencia, han sido muchos los autores que han alertado sobre la necesidad de un tratamiento específico para el fenómeno del terrorismo, “tratamiento que además ha de serlo en el Código Penal ordinario pues la persistencia del fenómeno (otra cosa es la mayor o menor transitoriedad de los grupos que lo han practicado) desaconseja el tratamiento de excepcionalidad, que deja de serlo precisamente por el mismo hecho del reconocimiento de esta permanencia, y las razones de oportunidad que suelen alegarse para justificar una legislación especial en este caso parece que lo que aconsejan es todo lo contrario, sobre todo por las cuestiones relacionadas con la extradición, todo ello siempre y cuando se utilice la técnica legislativa adecuada, lo que con frecuencia no ha ocurrido”<sup>113</sup>.

Como señala la profesora Carmen Lamarca Pérez: “No es tarea fácil intentar exponer, siquiera sea brevemente, el tratamiento jurídico que el terrorismo ha merecido en nuestro país. La dificultad surge ante todo por la diversidad y complejidad legislativa de la materia, legislación en su mayoría de carácter especial, es decir fuera del Código Penal y que incluso coexiste a veces con éste; legislación cuyas normas afectan tanto al orden procesal como sustantivo penal; legislación, en fin, dictada generalmente con carácter excepcional, en muchos casos con excesiva rapidez, que contiene a veces

---

<sup>112</sup> GARCÍA SAN PEDRO, J: *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*. Centro de Estudios Judiciales. Madrid. 1993. Pág. 217.

<sup>113</sup> GARCÍA SAN PEDRO, J: *Terrorismo: aspectos criminológicos...*”, op. cit., pág. 234.

lagunas y contradicciones, que quiebra los principios de certeza y seguridad jurídica derogando algunas de las reglas generales de la normativa penal y que incluso llega a plantear conflictos con la propia norma fundamental”<sup>114</sup>.

En el presente capítulo nos centraremos especialmente en los aspectos que afectan al orden procesal de la legislación antiterrorista destacando únicamente, y de manera resumida, algunas cuestiones de orden sustantivo relevantes para nuestro estudio.

De este somero repaso de la legislación antiterrorista se podrá comprobar cómo, con el transcurso del tiempo, el objetivo del legislador por facilitar las investigaciones contra este tipo de criminalidad se ha ido afinando en lo que al respeto de los derechos fundamentales y garantías procesales se refiere.

Como señalábamos anteriormente, el punto de partida de nuestro repaso lo marcaremos en el siglo XIX y se extenderá a lo largo de todo el siglo XX, ya que, como considera la profesora Lamarca, “es en este periodo cuando el terrorismo adopta en líneas generales la fisonomía con que hoy aparece, y es entonces también cuando aparece una normativa específica para combatirlo”<sup>115</sup>.

Según la doctrina: “El origen de la delincuencia terrorista suele situarse generalmente hacia finales del siglo XIX y principios del XX cuando una ola sistemática de atentados políticos, con utilización preferente de los explosivos, se produce en casi todo el mundo, vinculándose sobre todo al anarquismo que emprende la lucha violenta contra el Estado bajo el lema de la “acción directa” o “la propaganda por el hecho”. Los ataques se dirigen tanto contra personas individualizadas, regicidios o atentados contra Ministros u otros altos cargos, como contra la colectividad. Se utiliza la pistola, el cuchillo o el explosivo, aunque éste último de modo casi preferente”<sup>116</sup>. Es en

---

<sup>114</sup> LAMARCA PEREZ, C: *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid. 1985. Pág. 97.

<sup>115</sup> LAMARCA PEREZ, C: *Tratamiento jurídico del terrorismo...*, op. cit., pág. 98

<sup>116</sup> LAMARCA PEREZ, C: *Tratamiento jurídico del terrorismo...*, op. cit., pág. 100

este contexto en el que se fija como primer atentado terrorista el cometido, en 1881, contra el Zar Alejandro II por el grupo “Naródnaia Volia”.

Tras este atentado fueron muchos los que se fueron sucediendo a lo largo y ancho de Europa, lo que propició que “ante la gravedad y continuidad de este tipo de acciones, se promulgan a finales del siglo pasado las primeras leyes excepcionales de represión de los delitos cometidos mediante explosivos, dando así inicio a una larga historia legislativa de lo que actualmente denominamos legislación antiterrorista”<sup>117</sup>.

### 3. 2. Evolución legislativa en materia de antiterrorismo

Para el estudio de la evolución de la legislación antiterrorista es fundamental e imprescindible tener como referencia el tratado escrito por la profesora Lamarca, *Tratamiento jurídico del terrorismo*<sup>118</sup>. Puesto que dicha obra se publicó en 1985, la tomaremos como punto de partida de nuestro repaso, procediendo a su actualización con la legislación dictada con posterioridad a dicha fecha.

#### 3.2.1. Legislación correspondiente al periodo de la Restauración

En esta primera etapa, caracterizada por una oleada terrorista de corte anarquista de gran intensidad, la legislación antiterrorista se caracteriza por: en primer lugar, tratarse de una legislación especial, al margen del Código Penal o de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; en segundo lugar, se comienza a vincular las actividades terroristas con una finalidad ideológica; y en tercer lugar, se mantiene la jurisdicción militar como la competente para el conocimiento de este tipo de criminalidad.

En esta etapa, dos son las principales leyes que se aprueban en materia de antiterrorismo:

---

<sup>117</sup> LAMARCA PEREZ, C: *Tratamiento jurídico del terrorismo...*, op. cit., pág. 101.

<sup>118</sup> LAMARCA PEREZ, C: *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid. 1985.

### **A) Ley de 10 de julio de 1894 sobre atentados contra las personas o daños en las cosas por medio de aparatos o sustancias explosivas**

Los precedentes en España de la legislación antiterrorista se sitúan, como en el resto de Europa, a finales del siglo XIX, en pleno periodo de la Restauración, siendo su primera expresión la Ley de 10 de julio de 1894 sobre “*Atentados contra las personas o daños en las cosas por medio de aparatos o sustancias explosivas*”. Ésta ha sido considerada como la primera ley antiterrorista española.

El comienzo de la oleada terrorista llevada a cabo principalmente por el anarquismo en 1888 traerá como consecuencia el inicio de una legislación especial que podríamos considerar el origen de lo que hoy denominamos legislación antiterrorista. Como indica Lamarca, “al iniciarse la “oleada terrorista” en nuestro país, la legislación penal vigente estaba constituida por el Código promulgado en 1870, pero esta normativa se consideraba insuficiente para hacer frente al nuevo tipo de criminalidad mediante explosivos. Conforme al mencionado texto legal solo cabía aplicar en estos supuestos los tipos de incendio (arts. 561 y ss.) o estragos (art. 572), o utilizar en los delitos contra las personas la agravante genérica de estragos que ya preveía la ejecución del hecho mediante explosión, circunstancia esta última, sin embargo, que aún no convertía el resultado de muerte en asesinato. La promulgación de una nueva Ley donde tuvieran cabida estos nuevos tipos de criminalidad hacía, pues, necesaria y por razones de urgencia se adoptó el criterio de ley especial frente a la tarea de emprender la modificación del Código Penal, siguiendo con ello el criterio adoptado en el resto de Europa”<sup>119</sup>.

En este caso, el legislador, en vez de optar por la reforma del Código Penal, se decantó por la elaboración de una ley especial. De carácter exclusivamente sustantivo, la nueva ley se limitó a establecer tipos dirigidos a la utilización de aparatos o sustancias explosivas sin hacer referencia a ningún grupo ideológico ni introducir, como será técnica habitual más tarde, ningún elemento subjetivo específico que requiriese.

---

<sup>119</sup> LAMARCA PEREZ, C: *Tratamiento jurídico del terrorismo...*, op. cit., pág. 105.

**B) Ley de 2 de septiembre de 1896 sobre represión de los delitos contra las personas y las cosas que se cometan o intenten cometerse por medio de explosivos o materias inflamables**

Un atentado ocurrido en Barcelona el 7 de junio de 1896 mientras desfilaba la procesión del Corpus, y que dejó un balance de 12 muertes y 44 heridos, provocó una modificación en la legislación penal vigente en el momento, procediéndose a la aprobación de una nueva Ley, el 2 de septiembre de 1896, que supuso el endurecimiento en la represión de estos actos delictivos. Por primera vez se vinculan las actividades terroristas con una organización ideológica determinada y, en concreto, con el anarquismo, en cuyo nombre se realizaban este tipo de delitos.

En el orden sustantivo, la Ley incorpora un conjunto de novedades respecto a la anterior Ley de 1894. En lo que respecta al ámbito procesal, se limita en su artículo segundo a reservar el conocimiento de los delitos establecidos en la Ley a la jurisdicción militar. Esta circunstancia supone para la profesora Lamarca: “Una de las mayores innovaciones..., pues se atribuye el conocimiento de los delitos que contempla a la jurisdicción militar, inaugurando así lo que más tarde sería práctica habitual”<sup>120</sup>. Este hecho ha sido, quizá, una de las cuestiones más debatidas en lo que a medidas antiterroristas se refiere. La cuestión de que los delitos de terrorismo fueran competencia de la jurisdicción militar se ha mantenido a lo largo del tiempo prácticamente hasta la entrada en funcionamiento de la Audiencia Nacional, como órgano especial, pero de la jurisdicción ordinaria, para el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo.

Una particularidad de esta ley es que se establece un periodo de vigencia por tres años. Una vez cumplido ese periodo, y tras una prórroga por un año más, al no producirse la necesaria ratificación, que se denegó en el Senado, la ley decayó en su vigor. Esta circunstancia provocó que volviera a estar vigente la ley en materia de terrorismo de 10 de julio de 1894, que regirá como Ley especial hasta la promulgación del Código Penal de 1928.

---

<sup>120</sup> LAMARCA PEREZ, C: *Tratamiento jurídico del terrorismo...*, op. cit., pág. 110.

### 3.2.2. Legislación correspondiente al periodo de la dictadura de Primo de Rivera

La principal novedad de esta segunda etapa, es la incorporación a la legislación ordinaria de los tipos delictivos referidos a atentados por medio de explosivos, que hasta el momento se encontraban regulados en leyes específicas.

#### **C) Real Decreto de 8 de septiembre de 1928 por el que se aprueba el Código Penal**

El nuevo Código Penal, aprobado por Real Decreto de 8 de septiembre de 1928 en el marco de la dictadura de Primo de Rivera, introdujo alguna modificación sustantiva en materia de terrorismo, pero sobre todo supuso la incorporación a la normativa general de los tipos delictivos sobre atentados por medio de explosivos, hasta entonces regulados en leyes especiales, sin que se requiriera, para ser considerados como terrorismo, ninguna finalidad específica.

### 3.2.3. Legislación correspondiente a la II República

Tras la proclamación de la II República el 14 de abril de 1931, el Gobierno Provisional decretó la nulidad del Código Penal de 1928 y de los Decretos Leyes de la Dictadura que establecían o modificaban la definición de los delitos y penas. De este modo, se restableció la vigencia del Código Penal de 1870 y, en lo relativo al terrorismo, nuevamente volvía a regir la Ley de 10 de julio de 1894 sobre atentados cometidos por medio de explosivos.

En este periodo, la legislación antiterrorista se caracteriza por: en primer lugar, se relacionan los atentados con la finalidad de alterar el orden público, delimitando por primera vez los delitos de terrorismo -y utilizando por primera vez el término “terrorismo”- frente a la delincuencia común; y en segundo lugar, porque la competencia para el conocimiento de este tipo de delincuencia vuelve a la jurisdicción ordinaria, salvo en los supuestos de estado de guerra.

#### **D) Ley de 11 de octubre de 1934 sobre delitos cometidos mediante explosivos y robos a mano armada**



Durante la II República, la disposición legal más importante en materia de terrorismo dictada fue la Ley de 11 de octubre de 1934, sobre delitos cometidos mediante explosivos y robos a mano armada, aprobada en un contexto social de gran inestabilidad y que restableció la pena de muerte abolida en el Código Penal de 1932. La principal novedad que introduce esta Ley es la de requerir expresamente una finalidad constituida por el *“propósito de perturbar el orden público, aterrorizar a los habitantes de una población o realizar alguna venganza de carácter social”*. Por ello, en cierto modo, según Lamarca: “La ley de 1934 puede considerarse en realidad como nuestra primera ley antiterrorista, como la primera norma que presenta un tratamiento jurídico específico, máxime cuando en la reforma introducida por la ley de 20 de junio de 1935 al propósito de realizar venganzas de carácter social se añaden también las de carácter “político”<sup>121</sup>. A partir de 1934, “se inicia la delimitación del delito de terrorismo frente a la posible existencia de una delincuencia de carácter común que utiliza también los explosivos”. Esta reforma añade las *“armas que normalmente sean susceptibles de causar daño grave en la vida o en la integridad de las personas”*. Según Lamarca: “Con todo ello se propicia una delimitación del terrorismo como delincuencia que puede utilizar cualquier medio violento, aunque generalmente sean los explosivos, pero que, sobre todo, requiere una finalidad específica”<sup>122</sup>.

En esta Ley se preveían tres supuestos de terrorismo castigados en función de la gravedad del resultado, y otro que atendía a la inminencia del riesgo. Se introdujo una modalidad imperfecta de ejecución, existente *“cuando colocados o empleados los explosivos o materiales inflamables con los propósitos a que se refiere el párrafo 1º, de este artículo, la explosión o el incendio no llegara a producirse”*. Se castigaba asimismo la fabricación, tenencia o venta de *“materias explosivas o inflamables”*, e incluso la venta o facilitación del poseedor legítimo *“sin suficientes garantías previas”*, lo que constituye un supuesto impreciso en el que parece que podría caber la comisión culposa. También se sancionaba la provocación pública que no integrara inducción, la apología de la *“infracción o de su autor”*, la pertenencia a una *“asociación o colectividad organizada”* y la intervención *“en conspiración que tuviese por objeto cometer delitos previstos en el art. 1º”*, sin que se distinguieran *“grados de*

<sup>121</sup> LAMARCA PEREZ, C: *Tratamiento jurídico del terrorismo...*, op. cit., pág. 121.

<sup>122</sup> LAMARCA PEREZ, C: *Tratamiento jurídico del terrorismo...*, op. cit., pág. 121.

*responsabilidad en función de la jerarquía que el sujeto desempeñase en la empresa delictiva*". Como novedad se introducía una figura de robo *"con violencia o intimidación en las personas"*, *"ejecutado por dos o más malhechores"* armados, siempre que del hecho resultara *"homicidio o lesiones"*, pero sin que se requiera finalidad específica.

Debe destacarse que se procede a reinstaurar la pena de muerte abolida por el Código Penal de 1932, si bien nunca se impone como pena única.

En el orden procesal se establece la competencia para enjuiciar estos delitos a la jurisdicción ordinaria, excepto en los supuestos de estado de guerra, procediendo así de igual modo que la ley de 10 de julio de 1894. Sobre la vigencia de la ley, prevista en un año por su disposición final, se prorrogó sin establecerse limitación alguna mediante la reforma de 20 de junio de 1935.

#### **E) Ley de 23 de noviembre de 1935 de modificación de la de 4 de agosto de 1933 sobre "Vagos y maleantes"**

La primera vez que nuestro legislador utiliza la expresión "terrorismo" se contiene en la Ley de 23 de noviembre de 1935, de modificación de la de 4 de agosto de 1933, sobre "Vagos y Maleantes", en base a la cual *"podrán asimismo ser declarados peligrosos como antisociales los que en sus actividades y propagandas reiteradamente inciten a la ejecución de delitos de terrorismo o de atraco y los que públicamente hagan la apología de dichos delitos"*. Más adelante, la ley de 23 de mayo de 1936 utilizará nuevamente el término terrorismo, pero esta vez para referirse a una motivación que además quiere distinguirse de la de carácter político o social.

#### **3.2.4. Legislación correspondiente al periodo del Franquismo**

Durante el franquismo, el tratamiento jurídico del terrorismo se caracterizó por una cierta confusión entre el delito político puro y el delito de terrorismo. Según Lamarca: "Lo que diferencia al terrorismo propio de las sociedades democráticas contemporáneas del padecido en el régimen de Franco, es que en aquel la finalidad

política cualifica la violencia, la hace más censurable o peligrosa a los ojos del legislador, pero en todo caso es esa violencia el título básico de incriminación, mientras que en éste sucede lo contrario: la violencia agrava la finalidad política, que constituye el motivo fundamental o primario del reproche penal”<sup>123</sup>.

Es importante tener en cuenta que el tratamiento jurídico del terrorismo a lo largo de toda la etapa franquista no admite un tratamiento unitario. De ahí que en los primeros años, correspondientes al periodo que va desde el Bando de 28 de julio de 1936 hasta la entrada en vigor del Código Penal texto refundido de 1944, desde el punto de vista jurídico, las leyes estuvieran dirigidas: de un lado, a reprimir a quienes “se mantuvieron fieles al Gobierno de la República” y, de otro, a adecuar “la legislación republicana a las directrices del nuevo Estado, mediante la restricción de las libertades formales y la incorporación al ordenamiento jurídico de los valores propugnados por la ideología que subyace en el nuevo régimen”<sup>124</sup>.

Si en algo se caracteriza la regulación de las conductas terroristas en esta época es en la confusión entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar para el enjuiciamiento, y previamente la regulación, de este tipo de criminalidad. Finalmente, se acabará con un sistema de doble regulación. Siendo competencia de la jurisdicción militar, primero de los Consejos de Guerra y posteriormente los Tribunales Militares, aquellas conductas terroristas que provengan de organizaciones con un carácter permanente, cuyas conductas serán tipificadas en el Código de Justicia Militar. Mientras que será competencia de la jurisdicción ordinaria aquellos actos terroristas realizados individualmente o por grupos no organizados ni estables, siendo dichas conductas tipificadas en el Código Penal.

#### **F) Ley de 29 de marzo de 1941 de “Seguridad del Estado”**

En relación con el delito de terrorismo, la ley más importante dictada durante esta primera etapa de régimen franquista es, sin duda, la promulgada el 29 de marzo de

---

<sup>123</sup> LAMARCA PEREZ, C: *Tratamiento jurídico del terrorismo...*, op. cit., pág. 127.

<sup>124</sup> BERDUGO, I: “Derecho represivo en España durante los periodos de guerra y postguerra (1936-1945)”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 3 monográfico. Madrid. 1980. Pág. 98.

1941, bajo la rúbrica de “Seguridad del Estado”, exclusivamente de carácter sustantivo. Se modifica la legislación fundamentalmente política, contenida en el Código Penal de 1932, aún vigente, y se atribuye a la jurisdicción militar el conocimiento de todos los supuestos delictivos que contempla.

En el orden sustantivo, el tipo de delito de terrorismo previsto en el art. 9º de la ley de Seguridad del Estado puede considerarse el antecedente directo del que posteriormente formulará el Código Penal de 1944. Además de una profusa descripción de conductas y medios, se requiere la finalidad específica de “atentar contra la seguridad del Estado o de alterar el orden público”.

La Ley de Seguridad del Estado fue derogada, mayoritariamente, por el Código Penal de 1944, excepto en aquellos supuestos no recogidos por el mismo.

### **G) Código Penal de 1944**

Entre las numerosas novedades que incorpora el texto legal se encuentra la de incluir, por primera vez, en un Código la expresión de “terrorismo”, aunque en la formulación de, al menos, algunas modalidades del delito de terrorismo no se hace más que seguir la tendencia de la legislación anterior.

Estas disposiciones se encuentran recogidas en la Sección segunda del Capítulo XII del Título II (Delitos contra la seguridad interior del Estado). Según artículo 260, el delito de terrorismo se articula en base a dos elementos: la comisión de una serie de actos violentos, pero ordenados a una finalidad. En este sentido, tipifica como delito de terrorismo tres bloques de actos violentos:

- a) La ejecución de actos encaminados a la destrucción de una serie de edificios, dependencias, obras, etc., relacionados *ad exemplum*, pues la relación termina con la expresión “y otras construcciones análogas destinadas al servicio público”, minas, polvorines, depósitos de gasolina u otros combustibles, naves, aeronaves, aeroplanos.
- b) La ejecución de actos encaminados a provocar incendios, emplear sustancias explosivas, inflamables, asfixiantes y otras homicidas.

- c) La ejecución de actos encaminados a causar catástrofes ferroviarias, naufragios y otros hechos análogos.

Pero además ha de perseguirse un objetivo: atentar contra la seguridad del Estado o alterar el orden público. Se exigirá la finalidad “de atentar contra la seguridad del Estado o de alterar el orden público” para que sea considerado delito de terrorismo.

El art. 261.2 prevé el segundo supuesto de delito de terrorismo, consistente en la realización de los hechos del artículo anterior cuando se ejecuten contra bienes, dependencias u obras militares, material de guerra u objetos destinados a la defensa nacional.

El tercer supuesto de delito de terrorismo es el recogido en el artículo 262 construido sobre la base de dos elementos esenciales:

- a) La utilización de sustancias explosivas o inflamables, o armas susceptibles de causar normalmente daño grave a la vida o integridad de las personas, o cualquier otro artificio para producir graves daños u originar accidentes en medios de locomoción o comunicación
- b) Con el propósito de atemorizar a los habitantes de una población o a clases de sectores determinados de la misma, o de realizar venganzas o represalias de carácter social o político.

El artículo 263 establece una nueva modalidad de delito terrorista, caracterizada por la amenaza, aunque no sea condicional, de causar algún mal de los previstos en los artículos anteriores, en donde parece que el legislador quiso hacerse eco de aquellas tendencias doctrinales que han entendido que la definición de terrorismo comprende tanto los actos violentos como la amenaza de los mismos.

Como recuerda Lamarca: “El Código Penal de 1944 incorporó la legislación especial precedente y fue el primero en regular las diversas figuras de terrorismo. Pero además tuvo una consecuencia importante en el orden procesal, ya que confió a los Tribunales ordinarios la competencia para el enjuiciamiento de esta clase de conductas

delictivas; bien es cierto que el ejercicio de dicha competencia fue de escasa duración”<sup>125</sup>.

#### **H) Decreto-Ley de 18 de abril 1947, sobre bandidaje y terrorismo**

Una vez codificado el delito de terrorismo y encomendado su conocimiento y enjuiciamiento a los Tribunales ordinarios, surge de nuevo una legislación especial a raíz del Decreto-Ley de 18 de abril de 1947, regulador de los “delitos de terrorismo y bandidaje”, que constituían los más graves tipos delictivos que se daban en la situación de posguerra y cuyo conocimiento se atribuye a la jurisdicción militar.

Tal y como se señala en el Preámbulo esta norma se promulga solo para “*las más graves formas de delincuencia terrorista y del bandolerismo, adaptando a las circunstancias actuales los preceptos de las antiguas leyes de secuestro y de explosivos*”, por lo que seguiría vigente la regulación del delito de terrorismo contenida en el Código Penal.

#### **I) Decreto de 21 de septiembre de 1960, sobre delitos de bandidaje y terrorismo.**

Aprobado como consecuencia directa de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 45/1959, de 30 julio, de Orden Público, según la cual, seguiría entendiendo la jurisdicción militar “*de los delitos que, afectando al orden público, le están atribuidos con arreglo a lo establecido en las leyes especiales, sin perjuicio de las inhibiciones que se acordaren a favor de la jurisdicción ordinaria y en tanto que el Gobierno revise y unifique las normas de competencias relativas concretamente a dichos delitos, autorizándosele especialmente para ello*”.

En ese momento histórico concreto, algunos autores han señalado que en España se daban dos tipos de violencia política: una violencia planificada como conjunto de actos procedentes de grupos organizados y armadas con objetivos militares a conseguir por medios no convencionales, es decir, una violencia de tipo guerrillero; y una

---

<sup>125</sup> LAMARCA PEREZ, C: *Tratamiento jurídico del terrorismo...*, op. cit., pág. 138.

violencia planificada con la mayoría de esas características, pero que en vez de buscar una victoria militar derivó, en la práctica, en una actuación violenta de tipo instrumental, simbólico o funcional, es decir, con las características propias de lo que hemos definido como terrorismo<sup>126</sup>.

En el orden sustantivo, la duplicidad de legislaciones, y su imprecisión en la redacción de las figuras en cuanto a la configuración del tipo de violencia que con ellas se trata de afrontar, llevan a la incongruencia de que, en aquella época, la pertenencia a ETA sea castigada, en ocasiones, como asociación ilícita del Código Penal y, en otras, en concreto en el conocido Consejo de Guerra de Burgos de diciembre de 1970, como delito de bandidaje. Esta situación provocó una nueva legislación sobre la materia.

En el aspecto procesal el Decreto de 21 de septiembre es de idéntico contenido al de 18 de abril 1947, atribuyendo el conocimiento de sus causas a la jurisdicción militar en procedimiento sumarísimo. Precisamente, para limitar la atribución de competencias que el Decreto de 1960 concedía a la jurisdicción militar se dictará la ley de 2 de diciembre de 1963 sobre “*creación del Juzgado y Tribunal de orden público*”.

#### **J) Ley de 2 de diciembre de 1963, de creación del Juzgado y Tribunal de orden público**

Esta ley de naturaleza fundamentalmente procesal no afecta sustantivamente a la definición del delito de terrorismo cuyo conocimiento se sigue atribuyendo a la jurisdicción militar. Como novedades, introduce una modificación en el art. 8 del Decreto añadiendo un nuevo párrafo por el que se permite la actuación de abogados defensores que estén en ejercicio “*dentro de la circunscripción jurisdiccional en que haya de celebrarse el Consejo de Guerra*” cuando lo solicite el encausado. De esta manera, aunque solo fuera en teoría, se mejoraba la defensa de los encausados, ya que estos podían elegir a su abogado defensor, además de que se le otorgaba más tiempo a este para que pudiera preparar la defensa de los procesados. Asimismo, a diferencia de los consejos de guerra, las sentencias del Tribunal de Orden Público podían recurrirse.

---

<sup>126</sup> GARCÍA SAN PEDRO, J: *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*. Centro de Estudios Judiciales. Madrid. Pág. 203.

La aparición del Tribunal de Orden Público (TOP) se planteó como un intento de mejorar la opinión pública internacional respecto al régimen franquista, mediante la reducción del uso de los tribunales militares y de los consejos de guerra. No obstante, al tratarse de una jurisdicción especial directamente dependiente del Gobierno se acabó convirtiendo en un instrumento para la persecución de determinadas actuaciones políticas que pudieran desestabilizar el régimen franquista.

**K) Ley 42/71, de 15 de noviembre, por la que se adiciona al Código de Justicia Militar un nuevo Capítulo sobre los delitos de terrorismo**

Esta Ley supuso la inclusión en el Código de Justicia Militar de cinco artículos, tres de carácter sustantivo y dos de carácter procesal. En lo referente a los primeros, responden a la siguiente estructura: primero, la comisión de los actos violentos concretados en *“la provocación de explosiones, incendios, naufragios, descarrilamientos, perturbación de comunicaciones, derrumbamientos, inundaciones o voladuras u otros hechos análogos, o emplearen cualesquiera medios o artificios que puedan ocasionar graves estragos”* y los atentados contra las personas; segundo, se hace referencia a la pertenencia a una organización o grupo en el caso de los dos primeros artículos; tercero, se exigen unas finalidades inmediatas -funciones- que se concretan en la *“alteración de la paz pública”* y en los *“propósitos intimidativos”* o de *“represalia”*; y cuarto, se expresan las finalidades últimas políticas mediante la fórmula *“atentar contra la unidad de la Patria, la integridad de sus territorios o el orden institucional”*.

Es de destacar que aunque la Ley no contempla la exigencia del carácter armado de los grupos y organizaciones, sí que diferencia entre el núcleo esencial y el núcleo de apoyo de los mismos. Refiriéndose expresamente a los que actúen al servicio de las organizaciones o grupos y a los que con la finalidad de allegar fondos a las organizaciones o grupos señalados o con el propósito de favorecer sus fines.

En lo que respecta al orden procesal, se establece el conocimiento y enjuiciamiento de estos delitos a las normas del propio Código castrense, debiendo llevarse la acusación por el *“Fiscal jurídico militar”* y la defensa, si los nombraren los acusados, por *“abogados en el ejercicio dentro de la circunscripción jurisdiccional en*



*que se siga la causa*”. Asimismo, se prevé la posibilidad de que la jurisdicción militar pueda inhibirse en favor de la ordinaria *“cuando por razón de las circunstancias de los hechos, cualquiera que sea su entidad, decida la Autoridad Judicial Militar que no se den las condiciones específicas para su inclusión en los artículos anteriores”*.

### **L) Ley 44/71, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código Penal**

Esta Ley supuso, además de la derogación del Decreto de 1960 así como de las Leyes que en él se refundían, la reforma del articulado de la sección segunda del capítulo XII, Título II: *“De los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos”*. Estos delitos se estructuraban sobre dos ideas básicas: hechos graves cometidos individualmente o por personas integradas en grupos no organizados ni estables (artículos 260 a 263) y hechos menos graves cometidos en grupo (artículo 263).

El artículo 260<sup>127</sup> sufre dos modificaciones: por una parte, se simplifica el catálogo de conductas violentas, concretándose en la ejecución de *“actos encaminados a la destrucción o deterioro de edificios públicos o privados, vías y medios de comunicación o transporte, conducciones de energía eléctrica y otra fuerza motriz y otros hechos análogos”*; por otra, se amplía el catálogo de objetivos a perseguir dentro del elemento teleológico, pues al atentado contra la seguridad del Estado y el orden público se añade ahora la finalidad de atentar contra la unidad nacional y el orden institucional.

---

<sup>127</sup> **Art. 260 Código Penal (1971).**-

*El que, con el fin de atentar contra la seguridad del Estado, la integridad de sus territorios, la unidad nacional, el orden institucional o el orden público, ejecutare actos encaminados a la destrucción o deterioro de edificios públicos o privados, vías y medios de comunicación o transporte, conducciones de energía eléctrica u otra fuerza motriz u otros hechos análogos, será castigado:*

- 1.º Con la pena de reclusión mayor a muerte cuando resultare alguna persona muerta o con lesiones graves.*
- 2.º Con la de reclusión mayor si de resultas del hecho sufre alguna persona lesiones menos graves o hubiere riesgo inminente de que sufrieran lesiones varias personas reunidas en el sitio en que el estrago se produzca.*
- 3.º Con la reclusión menor, cuando fuera cualquier otro el efecto producido por el delito o no llegara a producirse efecto alguno. Los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el hecho o el culpable y la entidad del resultado y el estado de alarma producido por el delito, podrán imponer la pena inferior a la señalada en uno o dos grados.*

Desaparece el artículo 261 (del Código de 1944), siendo sustituido en el mismo número por el entonces 262 con casi idéntica redacción<sup>128</sup>. El artículo 263 de antes pasa a ser el 262, aunque variando su contenido y añadiendo a las amenazas las coacciones, de tal manera que a la violencia moral se una ahora también la física; también los fines quedan restringidos a los del artículo 260 por lo que el 262<sup>129</sup> se presenta como complementario de aquél.

El artículo 263<sup>130</sup> supone la tipificación como delito terrorista de hechos de menor gravedad que los anteriores, con la particularidad de ser cometidos en grupo. En su redacción se aprecian los siguientes elementos:

- a) En lo que se refiere al sujeto activo, se trata de un delito plurisubjetivo o pluripersonal, puesto que sin necesidad de jerarquización en razón a la relevancia de su intervención, se exige que los agentes actúen en grupo, esto es, congregándose o reuniéndose varias personas cuyas acciones respondan u obedezcan a un propósito común y compartido.
- b) Un elemento teleológico o tendencial constituido por la finalidad de atenta contra la paz pública alterando el orden.
- c) Una dinámica comisiva consistente en la causación de lesiones o vejación a las personas, produciendo desperfectos en las propiedades, obstaculizando las vías públicas u ocupando edificios.

---

<sup>128</sup> **Art. 261 CP (1971).**-

*Las mismas penas del artículo 260 se aplicarán, en sus respectivos casos, al que con propósito de atemorizar a los habitantes de una población o a clases o sectores determinados de la misma, o de realizar venganzas o represalias, de carácter social o político, utilizare sustancias explosivas o inflamables o armas que normalmente sean susceptibles de causar daño grave en la vida o en la integridad de las personas, o cualquier otro medio o artificio para producir graves daños, u originar accidentes ferroviarios o de otros medios de locomoción o de comunicación.*

<sup>129</sup> **Art. 262 CP (1971).**-

*Los que con alguno de los fines señalados en el artículo 280 ejerciesen coacción o amenaza contra alguna persona, serán castigados con la pena de prisión menor.*

<sup>130</sup> **Art. 263 CP (1971).**-

*Serán castigados con la pena de prisión menor los que, actuando en grupo y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden, causando lesiones o vejación a las personas, produciendo desperfectos en las propiedades, obstaculizando las vías públicas u ocupando edificios, salvo que al hecho corresponda pena más grave en otro precepto de este Código.*

- d) Un elemento residual en concordancia con lo dispuesto en el artículo 68, no se aplicará el artículo 263 cuando a los hechos perpetrados les corresponda una pena mayor.

El nuevo artículo 264<sup>131</sup> consta de dos elementos: uno objetivo, el depósito de armas o municiones, la tenencia, fabricación, transporte o suministro de sustancias o aparatos homicidas así como la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados; y otro de carácter subjetivo, que las finalidades perseguidas sean las de los artículos 260 y 261.

Con la aprobación de estas dos últimas leyes (Ley 42/71 y la Ley 44/71) se producirá una doble tipificación de los delitos de terrorismo atribuyendo a jurisdicciones distintas hechos sustancialmente idénticos. A la jurisdicción militar se atribuirán las acciones terroristas realizadas *“no de modo episódico e individual, sino como acciones que provienen de grupos u organizaciones con carácter de mayor permanencia”*, mientras que a los Tribunales ordinarios les corresponderán el conocimiento de *“los actos terroristas realizados individualmente o por grupos no organizados ni estables y la simple pertenencia a éstos”*.

#### **M) Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal de 1973**

El Código Penal de 1973 no introduce ninguna novedad en lo que a la tipificación de los delitos de terrorismo se refiere, manteniéndose tal cual el articulado en la manera introducida por la reforma de 1971<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> **Art. 264 CP (1971).-**

*El depósito de armas y municiones y la tenencia de sustancias o aparatos explosivos, inflamables u otros homicidas, así como su fabricación, transporte o suministro de cualquier forma y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados con los propósitos a que se refieren los artículos 260 y 261, será castigado con la pena de reclusión menor.*

*Los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el culpable y en el hecho y la gravedad de éste, podrán rebajar en uno o dos grados la pena a que se refiere el párrafo anterior.*

<sup>132</sup> **Sección 2.ª De los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos**

**260.** *El que, con el fin de atentar contra la seguridad del Estado, la integridad de sus territorios, la unidad nacional, el orden institucional o el orden público, ejecutare actos encaminados a la destrucción o deterioro de edificios públicos o privados, vías y medios de comunicación o transporte, conducciones de energía eléctrica u otra fuerza motriz u otros hechos análogos, será castigado:*

### 3.2.5. Legislación preconstitucional

Esta etapa se caracteriza por un aumento de la actividad terrorista debido principalmente a la situación de inestabilidad política que se vivía en el momento. Este contexto de violencia terrorista, proveniente tanto de grupos de extrema derecha como de extrema izquierda, provocó la aprobación de un Decreto específico sobre prevención de terrorismo. Volviéndose, de esta manera, al sistema de una legislación específica antiterrorista.

Desde un punto de vista sustantivo se procedió a la tipificación de nuevas conductas como de terroristas, se tipifica por primera vez el delito de colaboración con organización o grupo terrorista y la apología, y se imponen penas en su grado máximo para los delitos de terrorismo. Asimismo, desde el punto de vista procesal se mantiene la dualidad, en función del tipo de delito cometido, entre los Juzgados y Tribunales de Orden Público y la Jurisdicción militar. Igualmente, se prevé por primera vez la posibilidad de limitación de derechos y/o garantías procesales.

---

*1.º Con la pena de reclusión mayor a muerte cuando resultare alguna persona muerta o con lesiones graves.*

*2.º Con la de reclusión mayor si de resultas del hecho sufre alguna persona lesiones menos graves o hubiere riesgo inminente de que sufrieran lesiones varias personas reunidas en el sitio en que el estrago se produzca.*

*3.º Con la reclusión menor, cuando fuera cualquier otro el efecto producido por el delito o no llegara a producirse efecto alguno. Los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el hecho o el culpable y la entidad del resultado y el estado de alarma producido por el delito, podrán imponer la pena inferior a la señalada en uno o dos grados.*

**261.** *Las mismas penas del artículo 260 se aplicarán, en sus respectivos casos, al que con propósito de atemorizar a los habitantes de una población o a clases o sectores determinados de la misma, o de realizar venganzas o represalias, de carácter social o político, utilizare sustancias explosivas o inflamables o armas que normalmente sean susceptibles de causar daño grave en la vida o en la integridad de las personas, o cualquier otro medio o artificio para producir graves daños, u originar accidentes ferroviarios o de otros medios de locomoción o de comunicación.*

**262.** *Los que con alguno de los fines señalados en el artículo 280 ejerciesen coacción o amenaza contra alguna persona, serán castigados con la pena de prisión menor.*

**263.** *Serán castigados con la pena de prisión menor los que, actuando en grupo y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden, causando lesiones o vejación a las personas, produciendo desperfectos en las propiedades, obstaculizando las vías públicas u ocupando edificios, salvo que al hecho corresponda pena más grave en otro precepto de este Código.*

**264.** *El depósito de armas y municiones y la tenencia de sustancias o aparatos explosivos, inflamables u otros homicidas, así como su fabricación, transporte o suministro de cualquier forma y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados con los propósitos a que se refieren los artículos 260 y 261, será castigado con la pena de reclusión menor.*

*Los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el culpable y en el hecho y la gravedad de éste, podrán rebajar en uno o dos grados la pena a que se refiere el párrafo anterior.*

Asimismo, es importante destacar que en esta etapa se produce uno de los hitos más relevantes en lo que a nuestra legislación antiterrorista se refiere. Nos referimos a la creación de la Audiencia Nacional, como un órgano de la jurisdicción ordinaria, la supresión de los Tribunales de Orden Público y la atribución a la Audiencia Nacional de la competencia para conocer los delitos de terrorismo.

#### **N) Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo**

Según su propia Exposición de Motivos surge como consecuencia del aumento de la actividad de *“organizaciones, grupos o individuos que preconizan la violencia como instrumento de sus propósitos políticos o de sus impulsos antisociales”*, y de *“los brotes de terrorismo inhumano”* aparecidos en los últimos tiempos. Considera al *“terrorismo como instrumento de acción política”*. Por ello, considera que *“el ordenamiento jurídico que puede ser suficiente en una situación de convivencia normal, debe ser adecuadamente preparado para hacer frente a alteraciones que ponen en grave riesgo la vida de los ciudadanos, el orden público y la concordia social”*. De ahí destaca la necesidad de adoptar *“las medidas pertinentes para la más eficaz réplica legal y social frente al desafío que suponen tan condenables propósitos. La previsión de los riesgos que comporta el terrorismo justifica la máxima urgencia en la adecuación del ordenamiento jurídico a la ineludible defensa de la paz social amenazada”*.

En este marco, se indica en la Exposición de Motivos que *“las líneas fundamentales del presente Decreto-ley tienden a armonizar la eficacia de la prevención y enjuiciamiento de las actividades terroristas, con la mínima perturbación de las garantías que corresponden a los ciudadanos”*.

Llama la atención la mención que se hace en el penúltimo párrafo de dicha Exposición de Motivos en la que se hace hincapié en la idea de que *“ningún ciudadano honrado y patriota va a sentirse afectado por la circunstancial disminución de sus garantías constitucionales que los preceptos del presente Decreto-ley implican. En cualquier caso, ese pequeño sacrificio está suficientemente compensado con la tranquilidad y seguridad que ha de proporcionar a toda la comunidad nacional el propósito sereno, firme y jurídicamente controlado de no consentir en nuestra Patria la*

*invasión del azote terrorista que hoy amenaza a la paz social en una gran mayoría de países del mundo”.*

Desde el punto de vista sustantivo este Decreto destaca por tipificar los delitos de terrorismo y agravar las penas correspondientes, llegando a tipificar la pena de muerte para los casos de secuestro. El artículo primero establece que *“las disposiciones del presente Decreto-ley serán de aplicación a la prevención y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo definidos en los artículos doscientos sesenta a doscientos sesenta y cuatro del Código Penal y doscientos noventa y cuatro del Código de Justicia Militar, así como a las figuras de delito e infracciones administrativas especialmente previstas en esta disposición”.*

En cuanto a los delitos de terrorismo, el Decreto impone las penas establecidas en su grado máximo cuando el sujeto activo sea Autoridad, agentes de la Autoridad, miembros de las Fuerzas Armadas y de Seguridad del Estado y demás funcionarios públicos, y la de muerte cuando alguna de estas personas u otra secuestrada resultare muerta; eleva a su grado máximo las penas previstas para el delito de asociación ilícita en los supuestos de *“grupos u organizaciones comunistas, anarquistas, separatistas”* y establece una excusa absolutoria en la misma línea de lo que venía ocurriendo, y que continuará, para la delincuencia política de carácter asociativo.

Es importante destacar que se tipifican por primera vez una serie de actos, alguno de los cuales son considerados como actos de colaboración por tratarse de actos de soporte a la organización. En este sentido, se refiere a la construcción de *“pisos francos”* o espacios debidamente acondicionados para el *“secuestro, encierro u ocultación de personas”*; el alojamiento, transporte u otro tipo de ayuda de miembros de las organizaciones y las actividades de información, tanto de adquisición como de transmisión.

Se tipifican también como delito de terrorismo las actividades de paso de fronteras, la tenencia ilegítima de sustancias, instrumentos o efectos para la fabricación de artefactos explosivos o incendiarios, la tenencia de folletos clandestinos sobre actividades de *“guerrilla urbana”*, el anuncio de colocación de artefactos explosivos o incendiarios y, por primera vez, el delito de apología.

Desde un punto de vista procesal se establece la competencia de la jurisdicción ordinaria, en concreto de los Juzgados y Tribunales de Orden Público, y de la jurisdicción Militar, en función del tipo de delito cometido. En su artículo 12 establece que *“los procedimientos que se sigan por los delitos a que se refiere el presunto Decreto-ley tendrán prioridad en su tramitación”*, tramitándose procedimientos de urgencia en el caso de la jurisdicción ordinaria y sumarísimos en la militar. En lo que respecta a la limitación de derechos o garantías procesales, en este Decreto encontramos lo que sería el precedente de nuestra actual regulación. En este sentido, debemos destacar:

- a) En relación al derecho a la libertad individual se establece para la detención un plazo de cinco días con prórroga hasta los diez si lo autoriza el juez: *“El plazo legalmente establecido par poner a disposición de la autoridad judicial a un detenido podrá prorrogarse, si lo requieren las exigencias de la investigación, hasta transcurrido el quinto día después de la detención y hasta los diez días si, en este último caso, lo autoriza el Juez a quien deba hacerse la entrega”*<sup>133</sup>. Se especifica que *“la petición de esta autorización deberá formularse por escrito y expresará los motivos en que se funde”*. Esta potestad se limita al establecerse que *“en todo caso, en el más breve plazo y, a lo sumo, dentro de las setenta y dos horas, se pondrán en conocimiento del Juez competente el hecho de la detención y sus motivos a los efectos procedentes”*.
- b) En relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, se prevé la posibilidad de, en casos de urgencia, realizar registros domiciliarios sin autorización judicial pero dando inmediata cuenta al Juez competente *“en caso de urgencia, las fuerzas de orden público podrán proceder, previa autorización del Comisario Jefe o del Jefe de la unidad, en su caso, al registro de un domicilio o lugar cerrado, cuando se presuma que se encuentra en él una persona que pudiera resultar responsable de alguno de los delitos a que se refiere el presente Decreto-ley; o pruebas, efectos o instrumentos de los mismos. De esta medida se dará inmediata cuenta al*

---

<sup>133</sup> Art. 13 Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto.

*Juez competente*”<sup>134</sup>. En este caso, igualmente la autorización “*deberá expedirse por escrito y con expresión de las razones de urgencia, cuya apreciación discrecional será de la competencia de quien la hubiere ordenado conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior*”.

- c) Igualmente, se regula la medida de prisión provisional como regla general, “*excepcionalmente, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá decretarse su libertad provisional*”<sup>135</sup>. El límite temporal de esta medida lo fija el párrafo segundo destacando que “*en ningún caso se mantendrá la prisión más tiempo que el de la mitad de la pena máxima que pudiera corresponder al encausado, a menos que la situación alterada por el delito no haya sido completamente normalizada, y que no haya cesado la alarma producida*”.
- d) En relación con la posibilidad de incomunicar a los detenidos por terrorismo, se establece que “*los detenidos o presos en situación de prisión provisional, no incomunicados, no podrán, durante la tramitación de la causa utilizar otra forma de comunicación que la escrita, salvo las que mantengan con su defensor, acreditado por la autoridad judicial, que se ajustarán a lo dispuesto en las Leyes y Reglamentos*”<sup>136</sup>.
- e) Asimismo, se regula la figura del abogado suplente que deberá designar el procesado “*para garantizar la eficacia del principio de defensa, evitando dilaciones en el procedimiento*”<sup>137</sup>.

Con esta limitación de garantías individuales lo que se pretende es dar mayor rapidez a la investigación y al proceso, dejándose la adopción de estas medidas prácticamente a criterio de la autoridad gubernativa y policial -aunque con control judicial-. Circunstancia esta que generó, y que sigue generando, algunas críticas.

---

<sup>134</sup> Art. 14 Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto.

<sup>135</sup> Art. 15 Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto.

<sup>136</sup> Art. 16 Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto.

<sup>137</sup> Art. 18 Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto.



Por último, debemos destacar la vigencia limitada de la posibilidad de prórroga de la detención gubernativa y de entrada y registro sin autorización judicial. Estableciéndose en una Disposición Final que dichas medidas tendrían una vigencia limitada a dos años, siendo prorrogada en un año más por el Decreto-Ley 2/1976 de 18 de febrero, decayendo finalmente su eficacia el 18 de febrero de 1977 al cumplirse el plazo.

**Ñ) Decreto-Ley 2/1976, de 18 de febrero, por el que se revisa el de Prevención del Terrorismo 10/1975, de 26 de agosto, y se regula la competencia para el enjuiciamiento de tales delitos**

Como el título del mismo indica supone la revisión del Decreto-Ley 10/1975 sobre la Prevención del Terrorismo y regula la competencia para el enjuiciamiento de tales delitos. Dicha revisión se debe, tal y como se plasma en la propia Exposición de Motivos, al levantamiento de las medidas excepcionales de prevención y enjuiciamiento previstas en el Decreto de 1975 entendiendo que *“la provisionalidad de la medida se destaca suficientemente si se piensa en que la regulación definitiva de materias tan delicadas como las de naturaleza penal o referentes a las garantías procesales, así como de defensa del orden público, debe producirse con la participación activa de las Cortes”*.

Es por ello por lo que considera que *“hasta que el Gobierno pueda disponer de un instrumento jurídico adecuado para garantizar la normal convivencia ciudadana, puesta en peligro por conductas antisociales y violentas, se mantienen las facultades excepcionales, conferidas a la autoridad gubernativa en los artículos trece y catorce del Decreto-ley anterior, aunque reduciendo el plazo de su vigencia, y se derogan todas las demás normas que fueron establecidas ante las circunstancias extraordinarias existentes en el momento de la promulgación del Decreto-ley que ahora se revisa”*.

Desde el punto de vista del Derecho penal sustantivo, quedan vigentes únicamente los artículos seis a nueve del Decreto de 1975 y, entre ellos, los referentes a los actos de soporte de las organizaciones así como las nuevas figuras.

En cuanto a los criterios para la asignación de competencias para el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo, se establece que la regla general es la de la jurisdicción ordinaria, salvo que:

- a) Los hechos hayan sido ejecutados por grupos armados como organización de tipo militar o paramilitar (en este caso la jurisdicción será la militar).
- b) Que tales hechos tiendan a atacar el orden institucional y produzcan situación de alarma o grave alteración del orden público.

En lo que al orden procesal respecta, se prorroga por un año más la vigencia de la posibilidad de prórroga de la detención gubernativa y la entrada y registro sin autorización judicial, e insta al Gobierno para que en el plazo más breve posible remita a las Cortes *“un proyecto de ley regulando las facultades extraordinarias de la autoridad gubernativa en casos de terrorismo”*.

**O) Reales Decretos Leyes 1, 2 y 3 de 4 de enero de 1977 de creación de la Audiencia Nacional, supresión del Tribunal y Juzgados de Orden Público y competencia de la Audiencia Nacional en materia de terrorismo**

Comenzando por el Real Decreto-Ley 1/1977, de 4 de enero, por el que se crea la Audiencia Nacional, destacar que ya en su Exposición de Motivos destaca el carácter ordinario de la Audiencia Nacional y de los Juzgados Centrales de Instrucción. Partiendo de la existencia de una serie de problemas en el enjuiciamiento de determinados delitos (limitaciones de investigación, dificultades de actuación, acumulación de asuntos y retrasos inevitables) se crea la Audiencia Nacional como respuesta a todos ellos. En el ámbito penal, se establece el *“conocimiento de los delitos que por el modo y el ámbito de actuación de sus autores o por la difusión de sus efectos se exceden los límites de la provincia”*. En su artículo 4 establece que conocerá de los delitos de falsificación de moneda; los que puedan repercutir gravemente en la seguridad del tráfico mercantil o en la economía nacional; los de tráfico ilícito de drogas tóxicas o estupefacientes, fraudes alimenticios y de sustancias farmacéuticas o medicinas –siendo realizados por bandas o grupos organizados y extiendan sus efectos a un ámbito que exceda el de una provincia-; los relativos a la corrupción o prostitución; así como los de escándalo público, cuando se realicen por medio de publicaciones,

películas, etc., y los cometidos fuera del territorio nacional, cuando corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles.

El Real Decreto-Ley 2/1977, de 4 de enero, por el que se suprimen el Tribunal y Juzgados de Orden Público y se crean en Madrid dos nuevos Juzgados de Madrid, establece la supresión del Tribunal y los Juzgados de Orden Público pasando a ocuparse de la instrucción, conocimiento y fallo de las causas a ellos atribuidas a los Juzgados y Tribunales a que corresponda conforme a las normas de competencia de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Igualmente se acuerda la creación de dos nuevos Juzgados de Instrucción en Madrid.

En lo que respecta al Real Decreto Ley 3/1977 de 4 de enero, sobre competencia jurisdiccional en materia de terrorismo de atribución a la Audiencia Nacional del conocimiento de los delitos de terrorismo, debemos destacar el fin de la dualidad de jurisdicciones en materia de terrorismo y la limitación del fuero militar a supuestos concretos por razón del lugar y de la persona. Así en su Exposición de Motivos, en primer lugar, se recoge que *“se estima llegado el momento de dejar sin efecto aquellas competencias que en materia de terrorismo permanecen atribuidas a la jurisdicción militar”* y en segundo lugar, que *“como solución transitoria, en tanto se lleve a cabo la revisión y eventual refundición de tipos, se incorporan como anexo al Código Penal Común los que hasta ahora figuraban en el Código de Justicia Militar”*.

Como decimos, en el orden sustantivo no supuso la creación de figuras nuevas, sino únicamente la inclusión de los artículos doscientos noventa y cuatro bis a), doscientos noventa y cuatro bis b) y doscientos noventa y cuatro bis c) como artículos uno, dos y tres de un anexo al Código Penal.

En el ámbito procesal se mantienen las competencias atribuidas a las jurisdicciones ordinaria y militar, si bien esta última sería siempre competente cuando los delitos de terrorismo se cometan contra la autoridad o funcionario público.

### 3.2.6. Legislación de la Transición

Con la llegada de la democracia y la constitución de las primeras Cortes democráticas, era grande el reto que se planteaba por delante: la aprobación de un

cuerpo legislativo acorde con un Estado de derecho como el que se pretendía en ese momento que fuera España.

En materia de terrorismo, se tenía claro que debía tener la consideración jurídica de la delincuencia común, pero tenía que hacerlo de un modo especial, atendiendo a la gravedad adquirida en la sociedad española. Es decir, eran necesarias, como señala la profesora Lamarca, “medidas extraordinarias y especiales para combatir una delincuencia común”<sup>138</sup>.

Desde el punto de vista procesal, se sigue con esa tendencia de incorporar a la legislación ordinaria las medidas extraordinarias previstas para los casos de terrorismo. De esta manera, se pasa de una regulación como medidas excepcionales la posibilidad de suspender derechos o garantías procesales, a una regulación como facultades ordinarias.

**P) Real Decreto-Ley 4/1977, de 28 de enero, por el que se suspende parcialmente la vigencia de los artículos 15 y 18 del Fuero de los Españoles**

La inestabilidad política existente en España en ese momento y los tristes acontecimientos vividos en enero de 1977<sup>139</sup>, obligaron al Gobierno de Adolfo Suárez a tomar una serie de medidas de urgencia. En este contexto, fue aprobado el Real Decreto-Ley 4/1977, de 28 de enero, que, en su Exposición de Motivos, recogía lo siguiente:

*“Los actos terroristas perpetrados en los últimos días aconsejan dotar a las autoridades gubernativas de facultades excepcionales para proteger la paz ciudadana. Pero, dado que dichas actividades son realizadas por grupos o sectores muy minoritarios, no es necesario ni conveniente acudir a la proclamación de un estado de*

---

<sup>138</sup> LAMARCA PEREZ, C: *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid. 1985. Pág. 166.

<sup>139</sup> Los secuestros llevados a cabo por el GRAPO de Antonio María de Oriol y del general Emilio Villaescusa, el asesinato de los abogados laboristas de la calle de Atocha por un grupo de extrema derecha, la muerte del estudiante Arturo Ruiz por disparos de un ultraderechista y la muerte de la joven universitaria María Luz Nájera al ser alcanzada por un bote de humo lanzado por la policía antidisturbios.

*excepción ni realizar una suspensión generalizada de garantías, que podría afectar impropriamente a todos los ciudadanos españoles.*

*Por ello, las medidas que en este Real Decreto-Ley se contienen se limitan exclusivamente a las personas sospechosas de realizar o preparar actos terroristas, bien porque presumiblemente hayan participado en los efectuados en los últimos días, o porque puedan colaborar a la realización de otros a partir de este momento”.*

De esta manera, la limitación de garantías, que se establecía en el citado Decreto, se limitaba a los sospechosos por terrorismo, por un plazo de un mes desde la entrada en vigor del Decreto, y se circunscribía únicamente, según su artículo primero, a los artículos 15<sup>140</sup> y 18<sup>141</sup> del Fuero de los Españoles, que se referían a la inviolabilidad del domicilio y a la libertad personal.

En el segundo artículo se recogía la discrecionalidad del Gobierno y del Ministro de la Gobernación para adoptar las medidas más convenientes en cada caso “*conforme a la legislación vigente*”.

**Q) Real Decreto-Ley 14/1977, de 25 de febrero, por el que se prorroga la vigencia del Real Decreto-Ley 4/1977, de 28 de enero, por el que se suspende parcialmente la aplicación de los artículos 15 y 18 del Fuero de los Españoles**

Tal y como recoge el Decreto en su Exposición de Motivos, “*alcanzados parcialmente los objetivos perseguidos por el Real Decreto-Ley cuatro/mil novecientos setenta y siete, resulta necesario prorrogar la vigencia del mismo durante un mes más, al objeto de proporcionar a las autoridades gubernativas los medios precisos para completar las investigaciones ya emprendidas y que tan alteradores resultados han arrojado hasta el momento*”. Con dicha prórroga, la suspensión de los citados artículos llegó hasta el 31 de marzo de 1977.

---

<sup>140</sup> Artículo 15: *Nadie podrá entrar en el domicilio de un español ni efectuar registros en él sin su consentimiento, a no ser con mandato de la Autoridad competente y en los casos y en la forma que establezcan las Leyes.*

<sup>141</sup> Artículo 18: *Ningún español podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que prescriben las Leyes. En el plazo de setenta y dos horas, todo detenido será puesto en libertad o entregado a la Autoridad judicial.*

**R) Real Decreto-Ley 21/1978, de 30 de junio, de medidas en relación con los delitos cometidos por grupos o bandas armadas**

Como se recoge en la Exposición de Motivos: *“Los crecientes y gravísimos actos cometidos por grupos o bandas armados constituyen intolerables atentados contra la vida de las personas y contra la seguridad ciudadana y, en definitiva, representan una amenaza constata para el ejercicio de las libertades fundamentales en el supuesto ineludible del Estado de Derecho. Es por ello por lo que la lucha contra esta forma de delincuencia exige, para que sea realmente eficaz, la adopción de una serie de medidas de distinta naturaleza, a las que es necesario incorporar la promulgación de normas jurídicas que mejoren las actualmente existentes para prevenirla y reprimirla”*.

De carácter exclusivamente procesal, sobre medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por bandas o grupos armados, en líneas generales intenta dotar a la autoridad gubernativa de alguna de las facultades excepcionales ya concedidas en el Decreto-Ley de agosto de 1975.

La primera de estas medidas consistía en la facultad atribuida a la policía para prolongar el periodo de detención. El artículo 2 constituía un notable endurecimiento respecto a lo establecido en el Decreto-Ley de agosto de 1975, pues si éste permitía prorrogar en 48 horas el plazo ordinario de tres días y exigía autorización judicial para alcanzar los diez, ahora desaparecía todo plazo, de modo que, en principio, la detención podía prolongarse indefinidamente. Para ello bastaba con que la autoridad gubernativa lo solicitara en el plazo de 72 horas y que la judicial lo autorizara en el mismo plazo, entendiéndose que aceptaba tácitamente la prórroga si dejaba transcurrir aquel plazo sin rechazarla. Tampoco requería la norma que la solicitud y la autorización fueran detalladas y precisas, aludiendo solo al *“tiempo necesario para los fines investigadores”*.

En segundo lugar, en relación al derecho a la inviolabilidad del domicilio, eximía del requisito de la previa autorización judicial para proceder a la entrada y registro de un domicilio o lugar cerrado. En este punto también se producía una generosa ampliación de las facultades gubernativas, pues en lugar de exigir una

autorización escrita que justificara la urgencia, siquiera fuera del Comisario Jefe, se acudía a la ficción de considerar siempre flagrantes los delitos comprendidos en el Decreto-Ley.

La tercera garantía suspendida fue el secreto de las comunicaciones, que no figuraba en el Decreto-Ley de 1975. Según el artículo 4, la autoridad gubernativa podía ordenar, sin necesidad de previa autorización judicial, la observación postal, telegráfica y telefónica de aquellas personas presumiblemente integradas o relacionadas con bandas armadas, si bien debería, al mismo tiempo, poner en conocimiento del juez la adopción de esta medida a fin de que fuera confirmada o revocada.

En relación con la competencia jurisdiccional, esta se atribuía a la Audiencia Nacional, que habría de conocer por tanto no solo de los delitos de terrorismo cometidos individual y colectivamente en virtud del Decreto-Ley 3/77, sino además de todos aquellos delitos, comunes o de terrorismo, enumerados en el Real Decreto-Ley (asesinato, lesiones graves, detención ilegal bajo rescate o imponiendo cualquier otra condición, detención ilegal con simulación de funciones públicas, depósito de armas o municiones, tenencia de explosivos, estragos, terrorismo y delitos conexos), siempre y cuando se cometieran por grupos o bandas organizadas y armadas, fuera cual fuera el móvil o finalidad de las mencionadas organizaciones y alcanzando además estas medidas a sus miembros, es decir, a quienes no cometiendo ninguno de los delitos enumerados en el artículo 1, pertenecieran al grupo organizado y armado ejecutor.

Finalmente se establecía en el artículo 6 que se excluía a los condenados por estos delitos de los beneficios de los indultos generales y particulares, de la libertad condicional y de la redención de penas por el trabajo.

#### **S) Ley 56/1978, de 4 de diciembre, sobre medidas en relación con los delitos cometidos por grupos organizados y armados**

Tras varios meses de debate en las Cortes, el 4 de diciembre de 1978 finalmente se aprobó la Ley 56/1978, sobre medidas en relación con los delitos cometidos por grupos organizados y armados.

Esta Ley, de carácter exclusivamente procesal, derogaba el Real Decreto-Ley 21/1878, pero recogía todo su contenido. Su vigencia se fijaba para un año, pero se prorrogó un año más por el Real Decreto-Ley 19/9179, de 23 de noviembre, manteniendo su vigencia hasta el 4 de diciembre de 1980.

En lo que se refiere a la detención de personas por hallarse implicados en cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 1 (delitos contra la vida, robo con homicidio, mutilaciones y lesiones graves, detención ilegal bajo rescate o cualquier otra condición, detención ilegal con simulación de funciones públicas, depósito de armas o municiones, tenencia de explosivos, estragos, coacciones o amenazas y delitos conexos con los anteriores) y estén integradas en grupos organizados y armados, se establece un plazo máximo de diez días para la detención gubernativa, imponiendo al juez la obligación de resolver expresamente sobre la prolongación solicitada por la policía dentro de las primeras 72 horas, sin atribuir a su silencio un carácter positivo y, finalmente, recordando el mandato del artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>142</sup>. No obstante, la ley autorizaba también a la autoridad que hubiera decretado la detención o prisión, ordenar la incomunicación del detenido o preso por el tiempo que estimara necesario mientras se completaran las diligencias o la instrucción sumarial, aunque ello “*sin perjuicio del derecho de defensa que asiste al detenido o preso*”.

En cuanto a la suspensión de la inviolabilidad del domicilio, mediante la figura de considerar siempre flagrante la comisión de los delitos enumerados en el artículo 1, se autorizaba a la autoridad gubernativa a su realización sin mandamiento judicial, aunque debiéndose comunicar inmediatamente al juez.

La observación postal, telegráfica y telefónica sufrió también alguna modificación, atribuyendo la competencia al Ministerio del Interior y no la “*autoridad gubernativa*”, que debería comunicar tal decisión al Juez competente quien, a su vez, habría de revocar o confirmar la medida de manera razonada en un plazo máximo de 72 horas desde que recibiera la comunicación. La autoridad judicial podía revocar total o

---

<sup>142</sup> Artículo 496: *El particular, Autoridad o agente de Policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes artículos, deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma.*

*Si demorare la entrega, incurrirá en la responsabilidad que establece el Código Penal, si la dilación hubiere excedido de veinticuatro horas.*



parcialmente en cualquier momento la medida acordada y se establecía un plazo máximo de observación de tres meses, si bien prorrogables por iguales periodos.

La Ley omite reproducir el artículo 6 relativo a la prohibición de indultos y beneficios de libertad condicional y redención de penas por el trabajo, pero mantiene la competencia de la Audiencia Nacional estableciendo el carácter preferencial en la tramitación de las causas a las que se refiere la Ley y la agilización de los trámites procesales.

#### **T) Ley 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo**

Reflejo de los Acuerdos Políticos de los Pactos de la Moncloa (concluidos en octubre de 1977), los partidos parlamentarios establecieron que el terrorismo habría de residir en el Código Penal común, con eliminación de lo que al respecto figurase en leyes especiales; eliminación de nuestra legislación de todo elemento que, sugiriendo motivaciones ideológicas, pudiese perjudicar la colaboración policial y judicial francesa.

Lo más relevante de esta Ley, en cuanto a los delitos de terrorismo, es que los transforma en delitos comunes. Así, bajo la rúbrica “*Orden Público*”, el capítulo VIII de los Acuerdos Políticos de la Moncloa señalaban en su artículo 2.2 que: “*la tipificación del terrorismo figurará en el Código Penal común, con eliminación de lo que al respecto figure en leyes especiales y se operará con los criterios generales aceptados en los Convenios Internacionales y en los países de Occidente*”.

Para la desaparición del término terrorismo del orden sustantivo, se modifica la circunstancia segunda del número tres del artículo diecisiete y la rúbrica del Capítulo XII, Título II del Libro segundo, con la consecuencia de la alteración sustancial del contenido del Capítulo, suprimiéndose los artículos 260, 261 y 262 y los artículos uno, dos y tres del Anexo; el artículo 263 pasa a ubicarse en los “*Desórdenes públicos*” como 246; el elemento teleológico del 264 se sustituye por un mero “*propósito delictivo*”; y se mejora técnicamente el artículo 265.

También se procede a la modificación o creación de figuras, tratando de perfeccionar las existentes, o incorporar otras nuevas; se amplía la figura del artículo 481 sobre detenciones ilegales; se añade a los delitos contra la libertad las previsiones del artículo 338 bis y la omisión de poner los delitos en conocimiento de la autoridad; y se modifica el artículo 554, aplicándose las penas de los estragos “*con independencia del fin propuesto por el culpable*”. Por último, se crean los artículos 249 bis, sobre falsas alarmas en materia de artefactos explosivos, 481 bis, sobre construcción, acondicionamiento u omisión de denuncia de lugares en relación con las detenciones ilegales, y 496 bis sobre amenazas o coacciones para atemorizar a los habitantes de una población.

Desde el punto de vista procesal, la preocupación del legislador se centró en establecer una delimitación que permitiera la aplicación de medidas especiales con respecto al terrorismo. Así, en el artículo 13 se dispone la sustitución de la expresión “*delitos de terrorismo*” del artículo primero del Real Decreto-Ley 3/1977 por la de “*delitos de asesinato, lesiones graves, detención ilegal bajo rescate o imponiendo cualquier otra condición, detención ilegal con simulación de funciones públicas, depósito de armas o municiones, tenencia de explosivos, estragos y delitos conexos con los anteriores, siempre que sean cometidos por personas integradas en grupos organizados y armados*”.

#### **U) Constitución española, aprobada el 27 de diciembre de 1978**

En lo que a la limitación de algunas garantías procesales y derechos individuales en relación con investigados por delitos de terrorismo, la Constitución española otorga amparo a dicha limitación en determinadas ocasiones.

De esta manera, el artículo 55.2 de la Constitución establece que “*una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17.2<sup>143</sup> y 18.2<sup>144</sup> y 3<sup>145</sup>, pueden ser suspendidos para*

---

<sup>143</sup> Artículo 17.2 CE: *La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en*

*personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas o elementos terroristas”.*

Este artículo 55.2 supone que, dentro del marco constitucional, se recogen medidas específicas en relación con una delincuencia excepcional, como es la ejercida por bandas o elementos terroristas. De esta forma, su uso no debe de ser objeto de escándalo ni de sospecha de una posible vulneración de derechos fundamentales o garantías procesales. En este sentido, es importante destacar que es ese mismo artículo de la Constitución el que, a continuación y expresamente, recoge que *“la utilización injustificada o abusiva de las facultades recogidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”*.

Las principales críticas a este precepto se basan en que, a través de las diferentes Leyes Orgánicas de desarrollo del mismo que se han ido aprobando, se “ha dado el paso definitivo de convertir en permanente algo que parecía una situación transitoria”<sup>146</sup>. Estas críticas provienen de los mismos que consideran el terrorismo como un fenómeno estructural y no transitorio. Pero la Constitución no habla ni de situación de emergencia ni de temporalidad, por lo que no podemos compartir dichas críticas.

Como bien indica el profesor Terradillos Basoco: “Suspender no es sinónimo de suprimir o limitar definitivamente, sino que significa detener o diferir durante algún tiempo”. Pero esto no hace referencia a una situación de transitoriedad, semejante a lo que podría ser la declaración de estado de excepción o sitio regulado en el apartado primero del art. 55, sino a la posibilidad de suspender algunos derechos a personas vinculadas con grupos terroristas en casos muy concretos, y de acuerdo a unas

---

*el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.*

<sup>144</sup> Art. 18.2 CE: *El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.*

<sup>145</sup> Art. 18.3 CE: *Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.*

<sup>146</sup> TERRADILLOS BASOCO, J: *Terrorismo y derecho. Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988 de reforma del Código Penal y de la Ley de enjuiciamiento criminal*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 15.

circunstancias especificadas en la ley y que, en ningún caso, podría mantenerse de forma permanente.

La importancia de este artículo se encuentra, pues, en el hecho de que concede cobertura constitucional a una respuesta específica frente a un tipo de delincuencia, como es la terrorista, también específica. La justificación la encontramos en que el terrorismo no solo afecta a bienes jurídicos individuales, sino también a las propias bases del sistema democrático.

### 3.2.7. Legislación postconstitucional

Durante este periodo se continua con el proceso de incluir dentro de la legislación ordinaria, tanto en el ámbito sustantivo como en el ámbito procesal, las medidas excepcionales que se habían ido aprobando para hacer frente al terrorismo. Asimismo, se procede a la ampliación de dicha regulación tanto ampliando el catálogo de conductas tipificadas como actos de terrorismo como con el elenco de medidas específicas previstas en la legislación en el enjuiciamiento de este tipo de conductas. Igualmente, se procede a la aprobación de la primera Ley Orgánica de desarrollo de las medidas previstas en el art. 55.2 de la Constitución española.

#### **V) Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana**

Según la propia Exposición de Motivos del Decreto, *“la lucha mantenida por la sociedad y los poderes públicos en su afán de conservación del Estado de Derecho y de los bienes jurídicos esenciales, exige en el momento presente una adecuada respuesta al fenómeno del terrorismo y a otras formas de delincuencia que, por su frecuencia, alteran la seguridad ciudadana y el clima de paz y convivencia a que la sociedad y los individuos tienen derecho”*. Asimismo, se reconoce que *“la excepcional entidad del ataque terrorista obliga a adoptar medidas excepcionales para salvaguardar el sistema democrático”*.

En el orden sustantivo, se tipifican conductas como la apología y la preparación de actos terroristas, refundiendo y actualizando normas anteriores. Destacan dos aspectos: la ampliación del criterio para la aplicación de determinadas normas procesales, pasándose del catálogo de determinados delitos a todos los del ordenamiento, siempre que, al igual que hasta ahora, fuesen cometidos por personas integradas en grupos organizados y armados; y la redefinición del delito de colaboración en el artículo segundo del Decreto, según el cual sería punible la conducta del que realice cualquier acto de colaboración que favorezca la comisión de los delitos cometidos por grupos o bandas organizadas y armadas, donde, nuevamente, no se diferencia entre actos de colaboración estrictamente, como realizados por el núcleo de apoyo, y actos de infraestructura, realizados por los propios componentes del núcleo armado.

En el terreno procesal, se extiende el procedimiento de urgencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Título III, Libro IV) para el conocimiento de numerosos delitos, a todos aquellos cometidos por personas integradas en grupos o bandas organizadas o armadas, así como a la nueva figura de apología y de información-colaboración que crea el propio Decreto-Ley (artículo 1) en relación con esos grupos o bandas. Pero, además, ese procedimiento se declara aplicable a los delitos de robo (art. 500), uso indebido de vehículos de motor (art. 516 bis), coacciones de los últimos párrafos del artículo 496 (piquetes de huelga) y del 496 bis (propósito de atemorizar a una población), y por último, la construcción o acondicionamiento de lugares con el propósito de cometer el delito de detención ilegal (art. 481 bis).

Igualmente, el Decreto-Ley amplía la competencia de la Audiencia Nacional a “todos” los delitos cometidos por grupos armados, así como a la nueva figura de apología y detenciones ilegales del artículo 481 bis. Además, autoriza al Juez de Instrucción o Central a decretar la prisión provisional incondicional, aunque el delito tenga señalada pena de presidio o prisión mayores; elimina las posibilidades de recurso contra autos y providencias, salvo el de apelación “directamente y en un solo efecto”, en los casos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y contra las resoluciones que acordaron la libertad; y, finalmente, suspende la excarcelación de los presos o detenidos cuya libertad se hubiera acordado, en tanto la resolución no sea firme, cuando el recurrente sea el Ministerio Fiscal y se trate de delitos cometidos por bandas armadas.

Este Decreto derogó totalmente los preceptos aún vigentes del Decreto-Ley 10/1975.

**W) Decreto-Ley 19/79, de 23 de noviembre, de prórroga de la Ley 56/78 de 4 de diciembre**

El objeto de este Decreto-Ley era modificar el Decreto-Ley de 4 de enero de 1977, que creó la Audiencia Nacional, y prorrogar la Ley 56/78, de 4 de diciembre, sobre suspensión de garantías en relación con el terrorismo, que había nacido con la vigencia limitada a un año.

**X) Ley Orgánica 4/80, de 21 de mayo, de modificación del Código Penal en materia de libertades de expresión, reunión y asociación**

Desde el punto de vista de la legislación antiterrorista, esta Ley Orgánica posee cierto interés, ya que en primer lugar, incluye una nueva tipificación de las asociaciones ilícitas que, en su forma de grupo armado y organizado, había venido siendo el soporte principal del concepto legal de terrorismo; y en segundo lugar, porque modifica el delito de apología.

**Y) Ley Orgánica 11/80, de 1 de diciembre, que regula la suspensión de los derechos fundamentales prevista en el apartado 2º del artículo 55**

Esta Ley Orgánica desarrolla el precepto constitucional recogido en el art. 55.2, que permite que, dentro de una situación de normalidad, sean suspendidos para las personas sospechosas de terrorismo los derechos reconocidos en el artículo 17.2 y en el artículo 18.2 y 3 de la Constitución. En ella se recogen las previsiones de la Ley 56/1978 de 4 de diciembre, que habían sido prorrogadas por el Real Decreto-ley 19/1979.

Así, el artículo primero establece la suspensión de derechos para las personas *“presuntamente integradas o relacionadas bien con elementos terroristas, bien con bandas armadas que incidan gravemente en la seguridad ciudadana, planeen, organicen, ejecuten, cooperen o inciten de modo directo, a la realización de las*

*acciones que se especifican en el siguiente apartado*". En este caso es de destacar la referencia a la alarma pública, *"que incidan gravemente en la seguridad ciudadana"*, con lo que se recoge legalmente uno de los elementos más habituales en la definición de las conductas terroristas.

En el artículo segundo se establece que los derechos que podrán ser suspendidos *"siempre que se observen las garantías que en esta Ley se establecen"*, a saber:

- a) El derecho a ser puestos en libertad o a disposición de la autoridad judicial en el plazo máximo de setenta y dos horas desde su detención.
- b) El derecho a la inviolabilidad de sus domicilios respectivos y a no soportar en ellos registro alguno sin consentimiento o resolución judicial que lo supla.
- c) El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas o telefónicas, y al secreto de éstas.

Como garantía de estas suspensiones se establece que *"las resoluciones en que se decreten tales suspensiones serán notificadas inmediatamente a los interesados, salvo las previstas en su apartado c), cuando con ello se comprometa el resultado de las investigaciones"*.

En lo que se refiere al plazo de detención, se fija en setenta y dos horas, pudiéndose ampliar hasta un plazo de siete días más si es necesario para los fines de la investigación y *"siempre que tal propuesta se ponga en conocimiento del Juez antes de que transcurran las setenta y dos horas de la detención"*. El Juez, en base al artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denegará o autorizará la prolongación propuesta. Como novedad, en lo que se refiere a la detención, se incluye en el apartado segundo del artículo donde, junto a la posibilidad de revocación por parte del Juez de la medida acordada, se contiene la previsión de que *"sin perjuicio de las actuaciones judiciales pertinentes en caso de utilización injustificada o abusiva de las facultades gubernativas contenidas en la presente Ley, y de las competencias que en defensa de la legalidad corresponde al Ministerio Fiscal"*.

Igualmente recoge la facultad de *"ordenar la incomunicación por el tiempo que estime necesario mientras se completen las diligencias o la instrucción sumarial, sin*

*perjuicio del derecho de defensa que afecte al detenido o preso y de que establezca la Ley de desarrollo del artículo diecisiete, tres, de la Constitución”.*

El artículo cuarto va un poco más allá y establece que *“los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado podrán proceder, sin necesidad de autorización o mandato judicial previo, a la inmediata detención de los presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo primero, cualquier que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro de los efectos o instrumentos que en ellos se hallaren y que pudiesen guardar relación con los delitos de que se les acusase”*. Para ello, *“el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicarán inmediatamente al Juez competente el registro efectuado, las causa que lo motivaron y los resultados obtenidos del mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso se hubiesen practicado”*.

En lo que respecta a la posibilidad del Juez de acordar la observación de las comunicaciones, no se introduce ninguna novedad, fijándose el límite de la observación en tres meses prorrogables por iguales periodos y estableciéndose la obligación de acordarse por medio de resolución motivada del Juez. La novedad la encontramos en que en caso de urgencia se establece la posibilidad de que sea ordenado por *“el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación”*.

Por último, deben destacarse dos novedades introducidas por esta Ley: la obligación del Gobierno de dar cuenta, tanto en el Congreso como en el Senado, al menos cada tres meses *“del uso que se hace y del resultado obtenido por la aplicación de las medidas previstas en esta Ley”*; y la posibilidad de que a *“los que como consecuencia de la aplicación de las medidas contenidas en dichos preceptos, sufran en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables podrán exigir ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en la legislación aplicable”*.



Contra dicha Ley fue interpuesto recurso de inconstitucionalidad por el Parlamento Vasco, que fue resuelto por Sentencia del Tribunal Constitucional nº 25/1981, de 14 de julio, que no entró a valorar el fondo de la cuestión por considerar la ilegitimidad del Parlamento Vasco para la interposición del recurso.

### **Z) Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, de modificación del Código Penal**

Con esta Ley se modifican y se añaden algunos artículos del Código Penal y del Código de Justicia Militar. El terrorismo se entiende como un conjunto de actos delictivos determinados. El artículo 174 bis b) se refiere, en el apartado a), a *“las actividades de cualquier clase”*; y en el apartado b), a *“cualquier clase de delito”*. Esta Ley Orgánica ha de ponerse en conexión con la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, de desarrollo de los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución, a la que por otra parte se remite en varias ocasiones. Esta remisión se debe a que, en su artículo primero, delimita su ámbito de aplicación, circunscrito a los siguientes delitos: contra la vida y la integridad física; detenciones ilegales bajo rescate o cualquier otra condición; detenciones ilegales con simulación de funciones públicas; tenencia o depósito de armas, municiones o explosivos, así como su adquisición, fabricación, transporte o suministro; coacciones, amenazas o extorsiones; incendios y otros estragos; delitos contra la seguridad exterior del Estado y los delitos conexos con los anteriores, así como los que el Código Penal califique como terroristas.

El artículo 174 bis b), hace referencia no solo a la realización, sino también a la *“planificación”* (y a la organización) de tales actos que ha de proceder de *“bandas o grupos armados”*. Este punto de referencia también lo adopta el artículo 174 bis a) al hablar de pertenencia a la asociación ilícita.

En el artículo 174 bis b), la Ley recoge los actos de soporte, esto es, actos realizados desde fuera de la asociación y que, por tanto, se consideran actos de colaboración.

En relación a cuestiones de competencia objetiva, en la Disposición Adicional se establece *“la competencia para el conocimiento de los delitos comprendidos en los*

*artículo 1º, 2º y 3º de esta Ley corresponde a la Audiencia Nacional y a los Juzgados Centrales”.*

**AA) Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución**

El objeto de la presente Ley se refiere tanto al terrorismo como a la rebelión, siempre y cuando esta última proceda precisamente de bandas armadas. En ella se entiende el terrorismo como actividad delictiva planificada por grupos organizados y armados. La Ley exige para su aplicación la previa calificación de los elementos, grupos u organizaciones como terroristas.

En el orden sustantivo, deroga expresamente los preceptos al respecto en la legislación ordinaria: artículo 174 bis a), artículo 174 bis b), 174 bis c), 216 bis a) y 216 bis b) del Código Penal.

Según la Ley, el terrorismo se configura como actividad delictiva (cualquier de los delitos del Código Penal según el artículo 1.2 k) procedentes de personas integradas en grupos armados.

Se introducen una serie de novedades en el articulado. El artículo 2 establece la excepción al principio de territorialidad cuando los componentes *“están integrados en bandas armadas, rebeldes u organizaciones terroristas”*. El artículo 6 dispone la remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiere tenido una particular trascendencia para impedir *“la actuación o el desarrollo de las bandas terroristas o rebeldes”*. El artículo 7 exige la organización como elemento adicional de estos grupos estableciendo una graduación jerárquica de personas y un escalonamiento entre aparato directivo y grupos ejecutores. El artículo 8 prevé una agravación para quien *“integrado en una organización terrorista o rebelde o banda armada”* realizare determinados delitos utilizando armas de fuego o artefactos explosivos o incendiarios. Y el artículo 9 tipifica lo que denomina *“actos de colaboración en actividades terroristas y rebeldes”*.

Igualmente, ha de destacarse que, según la Ley, no es preciso que la actuación de la banda o grupo llegue a realizarse, bastando la mera planificación de la actividad delictiva, y así se reconoce en el artículo 1 que dispone que la misma es de aplicación *“a las personas integradas en bandas armadas o relacionadas con actividades terroristas o rebeldes que proyecten, organicen o ejecuten los delitos que se especifican en el apartado siguiente”*.

En lo que respecta a los aspectos procesales, hereda las normas contenidas en la Ley Orgánica 11/1980 y anteriores. El artículo 11 establece la competencia en la jurisdicción ordinaria, atribuyéndosela a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional. El artículo 12, con remisión a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece el procedimiento de urgencia para el enjuiciamiento de los delitos objeto de la Ley, con medidas para la agilización de la investigación y el enjuiciamiento. El artículo 13 recoge la prórroga de la detención hasta un plazo máximo de diez días con el control correspondiente por parte el Juez. El artículo 15 faculta a la autoridad gubernativa para decretar la incomunicación del detenido por el tiempo necesario. El artículo 16 establece la posibilidad de realizar registros domiciliarios sin previa autorización judicial ni consentimiento del titular, bastando la comunicación inmediata al Juez por parte del Ministro del Interior o el Director de la Seguridad del Estado informándole de las causas y de los resultados obtenidos. El artículo 17 autoriza la observación postal, telegráfico o telefónica *“respecto de aquellas personas en las que [...] resulten indicios de responsabilidad criminal o de las que se sirvan para la realización de sus fines ilícitos”*.

En relación con las medidas cautelares previstas en la Ley, el artículo 19 prevé la prisión provisional aun en casos de penas leves, el artículo 20 la suspensión de actividades de asociaciones que apoyen el terrorismo, el artículo 21 la clausura de medios de difusión y el artículo 22 la suspensión de cargos públicos.

Es de destacar la previsión recogida en el art. 19.3 sobre la imposibilidad para el órgano jurisdiccional de excarcelar a presos o detenidos de cuya libertad se hubiera acordado, en tanto la resolución no sea firme, cuando el recurrente fuese el Ministerio Fiscal.

Por último, al igual que sucedía en la Ley Orgánica 11/1980, se añaden dos prescripciones: la obligación del Gobierno de dar cuenta, tanto en el Congreso como en el Senado, al menos cada tres meses *“del uso que se hace y del resultado obtenido por la aplicación de las medidas previstas en esta Ley”*; y la posibilidad de que a *“los que como consecuencia de la aplicación de las medidas contenidas en dichos preceptos, sufran en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables podrán exigir ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en la legislación aplicable”*.

Contra dicha Ley Orgánica se interpuso recurso de inconstitucionalidad por parte del Parlamento de Cataluña y el Parlamento del País Vasco, que fueron resueltos por Sentencia del Tribunal Constitucional número 199/1987, de 16 de diciembre.

En esta Sentencia el Tribunal Constitucional declara inconstitucionales algunos aspectos de la regulación de la Ley Orgánica 9/1984, en concreto: la aplicación del art. 55.2 a quienes hagan apología del terrorismo, el régimen de la prolongación de la detención hasta 7 días más de las iniciales 72 horas que fija la Constitución y la incomunicación del detenido sin comunicación al Juez, simplemente ordenada por la autoridad gubernativa que decretó la detención.

En relación con el régimen relativo a la prolongación de la detención, el Fundamento Jurídico 8 subraya, de acuerdo con el artículo 17.2 de la Constitución, la excepcionalidad de la prolongación de la detención preventiva más allá de las setenta y dos horas, solo justificada cuando es estrictamente necesaria para la averiguación de los hechos. Explica el Tribunal Constitucional que *“en desarrollo de la habilitación constitucional del artículo 55.2, el legislador ordinario puede superar ese límite temporal máximo, pero no arbitrariamente, pues, aunque tiene un cierto margen de discreción, no goza de una libertad de opción absoluta, que le permita ampliar a su arbitrio la duración de esta situación excepcional. En este sentido, siguen siendo puntos necesarios de referencia tanto el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el artículo 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, ambos ratificados por España, que requieren la conducción del detenido ante la presencia judicial “en el plazo más breve posible”*.

En base a lo anterior, el Tribunal concluye que el plazo máximo de posible ampliación “... que supone más que triplicar el plazo máximo de setenta y dos horas reconocido por nuestra Constitución (que a su vez es superior al establecido en otros ordenamientos próximos) resulta excesivo...y puede suponer una penosidad adicional y una coacción moral, añadida e injustificada, sobre el detenido, incompatible con sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. En consecuencia, el artículo 13 de la Ley Orgánica 9/1984, al permitir una prórroga de la detención hasta un plazo adicional de siete días, no ha respetado el requisito del artículo 17.2 de la Constitución -no durar más tiempo del estrictamente necesario-...Por ello ha de ser declarado inconstitucional”.

Respecto a la incomunicación policial del detenido, contemplada en el artículo 15 de la LO 9/1984, el Tribunal Constitucional declaró, en su Fundamento Jurídico 11, que su uso ilimitado y extensivo podría lesionar derechos fundamentales: “Por ello en nuestro ordenamiento la decisión de incomunicación puede realizarla la autoridad gubernativa, pero ello no excluye ni impide el que la decisión definitiva al respecto haya de adoptarse por el órgano judicial. Es decir, se justifica, en aras de la efectividad de la medida, una previa decisión de carácter provisional de la autoridad gubernativa, pero sometida y condiciona a la simultánea solicitud de la confirmación por el órgano judicial, garantía suficiente del derecho del afectado... En consecuencia, el artículo 15.1 resulta contrario a la Constitución en cuanto permite que la autoridad gubernativa que haya decretado la detención pueda, en todos los casos, y sin intervención judicial alguna, ordenar la incomunicación del detenido durante las primeras setenta y dos horas. Sin embargo, no es contrario a la Constitución el que la autoridad gubernativa pueda ordenar provisionalmente, cuando ello resulte necesario, la incomunicación del detenido, aunque solicitando al mismo tiempo del órgano judicial la confirmación de la medida”.

Sobre la inviolabilidad del domicilio, el Tribunal Constitucional realiza una serie de precisiones, en su Fundamento Jurídico 9, declarando que: “...no puede decirse que la sola vigencia de la Ley sea suficiente, sin la presencia de otra circunstancia, para que la fuerza de Policía pueda entrar en cualquier domicilio para proceder a su registro y, en su caso, ocupar los instrumentos y efectos correspondientes. Solo, de forma excepcional, en supuestos absolutamente imprescindibles y en los que las

*circunstancias del caso no permitan la oportuna adopción previa de medidas por la autoridad judicial, por tener que procederse a la inmediata detención del presunto terrorista, es cuando podrá operar la excepción a la necesidad de previa autorización o mandato judicial. No puede decirse que esta regulación, así entendida, no haya ponderado adecuadamente la efectividad de la suspensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio y la suficiente intervención judicial. La ley ha tratado de concordar ambos elementos, y solo ha sacrificado el carácter previo de la intervención judicial en supuestos límite... ”.*

Igualmente, sobre la intervención de las comunicaciones en su Fundamento Jurídico 10 precisa que: *“del artículo 55.2 de la Constitución no puede deducirse la posibilidad de una inicial competencia gubernativa para decidir sobre la observación o interceptación de las comunicaciones... Aunque la ley no podría establecer de forma general una plena libertad de acción policial al respecto, sin previa intervención judicial, sí que está habilitada por el artículo 55.2 de la Constitución y como régimen excepcional del derecho para eliminar el carácter previo de la intervención judicial en supuestos en los que las circunstancias del caso no permitiesen la oportuna adopción previa de una resolución judicial, sin perjuicio de la ratificación posterior de la medida por la autoridad judicial. Al suprimir la intervención judicial previa solo en supuestos excepcionales cualificados por la urgencia, el legislador ha realizado una adecuada ponderación de la efectividad de la suspensión y de la intervención judicial, por lo que el artículo 17.2 de la LO 9/1984 no resulta contrario al artículo 55.2 de la Constitución”.*

En relación a la competencia de la Audiencia Nacional para el conocimiento de estos delitos, el Tribunal Constitucional declara que el artículo 11 de la LO 9/1984, que atribuye la instrucción y enjuiciamiento de estos delitos a la Audiencia Nacional, ni se opone al derecho constitucional al juez ordinario ni afecta a la efectividad de la tutela judicial de los detenidos.

Por último, es importante destacar, a efectos de la tesis mantenida en el presente estudio, que en el Fundamento Jurídico 2 el Tribunal Constitucional habilita al legislador para establecer un régimen específico de suspensión de determinados derechos fundamentales. Así, textualmente establece que:

*“El propio constituyente ha sido consciente de la existencia, como problema actual, del terrorismo y del peligro que el mismo implica para la vida y la integridad de las personas y para el propio orden democrático. Por ello ha introducido en el art. 55.2 una habilitación al legislador, para establecer un régimen específico de suspensión de determinados derechos fundamentales con la finalidad de facilitar las investigaciones correspondientes a las actuaciones de bandas armadas o elementos terroristas, posibilidad de suspensión de derechos que la Constitución ha estimado como necesaria para el propio sostenimiento del Estado democrático de Derecho, y que refleja, además, experiencias realizadas en los países europeos afectados también por fenómenos terroristas. Esta previsión constitucional demuestra, sin necesidad de mayor argumentación adicional, el reconocimiento ex Constitutione de la razonabilidad y no arbitrariedad de la existencia de esa diferenciación de trato respecto al goce de determinados derechos constitucionales en ciertas situaciones cuando se trata de facilitar la investigación de unos delitos de especial gravedad en relación con la vida e integridad física de las personas y de especial transcendencia para la subsistencia del orden democrático constitucional. La propia Constitución ha previsto la posibilidad de suspensión de tales derechos, y ha habilitado al legislador para ello, por lo que la eventual diferencia de trato que respecto a los sujetos implicados pudiera derivarse de esta regulación legal o de su aplicación, es en sí misma consecuencia de una previsión constitucional que no puede ser ignorada al interpretar el art. 14 de la Constitución. En consecuencia la existencia de esta normativa legal no supone violación alguna del derecho a la igualdad”.*

### **BB) Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código Penal**

De carácter sustantivo, supone la derogación de la Ley Orgánica 9/1984. En lo que respecta a la parte especial sobre delitos de terrorismo, en el artículo 174.3 se recoge el delito de pertenencia a asociación ilícita con las mismas graduaciones que su precedente, el artículo 7 de la LO 9/1984, es decir, promotores, directivos y dirigentes de los grupos, por una parte, y meros integrantes por otra. El delito de colaboración del artículo 9 se transforma ahora en el 174 bis a). El delito de terrorismo del artículo 8 se transforma en el 174 bis b).

### **CC) Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal**

De carácter exclusivamente procesal, esta Ley supone el desarrollo legislativo del mandato constitucional recogido en el art. 55.2, en relación con la posibilidad de suspensión individual de algunos derechos en casos de delitos de terrorismo.

Con estas dos últimas leyes, la normativa sobre terrorismo vuelve definitivamente a las leyes ordinarias. De esta manera, la regulación de los delitos de terrorismo retorna al Código Penal de acuerdo a las novedades introducidas en la Ley Orgánica 3/1988. Y la regulación procesal de las medidas especiales se incorpora a la Ley de Enjuiciamiento Criminal mediante la Ley Orgánica 4/1988.

Aunque el análisis de cada una de las medidas previstas en esta Ley será analizado pormenorizadamente en próximos Capítulos, aquí nos limitaremos a enunciar las cuestiones incorporadas en relación con el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo.

En primer lugar, se prevé, en el art. 384 bis<sup>147</sup>, la posibilidad de suspensión de cargo público para procesados en prisión provisional por delitos de terrorismo. Entre las principales críticas a esta medida destaca, en primer lugar, que nos encontraríamos ante una medida de carácter indefinido, pues no se puede considerar medida cautelar ya que es automática y no requiere de ponderación judicial. Esto pondría en duda su constitucionalidad ya que, según la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la presunción de inocencia, se exige que las medidas cautelares supresoras de derechos han de fundamentarse en un juicio acerca de su razonabilidad para la consecución de los objetivos propuestos, en atención a las circunstancias concurrentes. Los críticos consideran también que esta medida implicaría directamente una pena privativa de un derecho fundamental, que es el derecho a participar en los asuntos públicos del art. 23 de la Constitución, con meros indicios y sin una declaración de culpabilidad, siendo

---

<sup>147</sup> **Artículo 384 bis -**

*“Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido del ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión”.*



contrario al principio de presunción de inocencia. Por último, consideran que se estaría aplicando una privación de derechos que solo puede acordarse en sentencia firme y nunca de carácter precautorio teniendo en cuenta que: “si la Constitución hubiese querido permitir la suspensión de los derechos reconocidos en el artículo 23, lo hubiera previsto ya en el 55.2 y no lo ha hecho”<sup>148</sup>.

En segundo lugar, se preveía, en el art. 504 bis<sup>149</sup>, la posibilidad de suspender la excarcelación de un preso o detenido por delito de terrorismo por plazo de un mes, en los casos en los que el recurrente sea el Ministerio Fiscal. Dos son las principales críticas que se realizan a este precepto. Por un lado, los críticos consideran que se trataría de una imposición anticipada de una pena; y en segundo lugar, que se conculcaría el principio procesal de igualdad de partes por la potestad que se otorga al Ministerio Fiscal.

Asimismo, en relación con la medida que posibilita la prórroga de la detención por un plazo de 48 horas, el art. 520 bis<sup>150</sup> establece la posibilidad de prórroga de la

---

<sup>148</sup> TERRADILLOS BASOCO, J: *Terrorismo y derecho. Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988 de reforma del Código Penal y de la Ley de enjuiciamiento criminal*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 101.

<sup>149</sup> **Artículo 504 bis -**

*“Cuando en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, se hubiere acordado la libertad de presos o detenidos por los delitos a que se refiere el artículo 384 bis, la excarcelación se suspenderá por un periodo máximo de un mes, en tanto la resolución no sea firme, cuando el recurrente fuese el Ministerio Fiscal. Dicha suspensión no se aplicará cuando se hayan agotado en su totalidad los plazos previstos en el artículo 504, y las correspondientes prórrogas, en su caso, para la duración de la situación de prisión provisional”.*

<sup>150</sup> **Artículo 520 bis -**

*“Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primera cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada.*

*2. Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decreta su incomunicación el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, has que el Juez hubiera dictado la resolución pertinente.*

*3. Durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste”.*

detención por el tiempo que requiera la investigación hasta un plazo máximo de 48 horas.

Como garantías a esta limitación se establece la necesidad de que la solicitud de prórroga sea motivada, lo que implica que va más allá de un simple requisito formal. La motivación ha de fundamentar suficientemente la aplicabilidad del art. 520 bis, así como la necesidad estricta de la prórroga para el esclarecimiento de los hechos.

Respecto a la incomunicación, se sigue con la línea de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 1987, manteniendo la posibilidad de que la policía decida la incomunicación y, con ello, pueda poner en funcionamiento el mecanismo del art. 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el que el detenido incomunicado no puede elegir abogado, sino que se le impone de oficio.

En relación con la posibilidad de realizar registros domiciliarios sin previa autorización judicial, el art. 553<sup>151</sup> establece que en los casos de presuntos responsables de acciones relacionadas con organizaciones o grupos terroristas, agentes de la policía podrán proceder a la entrada en un domicilio y a su posterior registro, sin necesidad de autorización judicial previa. Como garantía se establece la necesidad de comunicar dicha decisión inmediatamente al juez competente así como el resultado del registro llevado a cabo.

---

<sup>151</sup> **Artículo 520 bis -**

*“Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primera cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada.*

*2. Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decreta su incomunicación el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, has que el Juez hubiera dictado la resolución pertinente.*

*3. Durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste”.*

Asimismo, sobre la posibilidad de intervenir la comunicaciones, el art. 579<sup>152</sup> prevé la posibilidad de que en el caso de emergencia por tratarse de investigaciones relacionadas con delitos de terrorismo, la autoridad gubernativa podrá proceder a la intervención de las comunicaciones sin autoridad judicial previa pero con la obligación de ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez, que deberá de confirmar o derogar dicha decisión. Según el profesor Terradillos Basoco: “La intervención judicial de las comunicaciones, que este artículo regula, goza, en el ordenamiento español, de cobertura legal, en la medida en que el artículo 18.3 de la Constitución dispone que “se garantiza el secreto de la comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. Y el artículo 55.2 autoriza la suspensión de estos derechos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”<sup>153</sup>.

La limitación de la libertad y secreto de las comunicaciones, autorizada por el artículo 55.2 de la Constitución, se concreta en la posibilidad de que su observación pueda ser ordenada por autoridad administrativa, concretamente el ministro del Interior o, en su lugar, el director de seguridad del Estado. Asimismo, pueden ser objeto de observación las comunicaciones de las personas que presenten indicios de responsabilidad criminal “...*así como las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos*”.

---

<sup>152</sup> **Artículo 579 -**

“1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales periodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.

4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministerio del Interior, o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación”.

<sup>153</sup> TERRADILLOS BASOCO, J: *Terrorismo y derecho...*, op.cit., pág.120.

Por último, debemos reseñar la competencia de la Audiencia Nacional para el conocimiento de este tipo de delitos, recogida en la Disposición transitoria<sup>154</sup>. Como ya recogía la Ley Orgánica 9/1984, la Audiencia Nacional se integra en la jurisdicción ordinaria por imperativo del artículo 11 de dicha Ley, conteniéndose la regulación de sus competencias y atribuciones en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Como conclusión, hay que señalar que, tal y como acertadamente recoge el profesor Terradillos Basoco, “las reformas introducidas en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por las Leyes Orgánicas 3 y 4/1988, ambas de 25 de mayo, significan un intento de superación de la anterior legislación de emergencia y de retorno a la normalidad, en la medida en que incorporan a la ley común, sustantiva y procesal, lo que antes era objeto de leyes especiales. Pero, por lo mismo, suponen el reconocimiento de que el terrorismo no es un fenómeno coyuntural, sino una forma de criminalidad incardinada en la cotidianidad y percibida por el poder como un elemento patológicamente estructural, al que no conviene hacer frente con instrumentos transitorios”<sup>155</sup>.

Contra dicha Ley fue nuevamente interpuesto recurso de inconstitucional por parte del Parlamento Vasco. Dicho recurso supuso el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en Sentencia 71/1994, de 3 de marzo, que declaró inconstitucional únicamente el art. 504 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que preveía la suspensión de la excarcelación por un mes en los casos en los que el Ministerio Fiscal hubiera presentado por recurso, por considerar que *“la formulación del art. 504 bis L.E.Crim. adoptada en el art. 1 de la L.O. 4/1988 no ha respetado el contenido esencial del derecho a la libertad personal reconocido en el art. 17 de la Constitución”*.

---

<sup>154</sup> **Disposición transitoria: competencia de la Audiencia Nacional**

*Los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional continuarán conociendo de la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, y por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos. Conocerán también de los delitos conexos con los anteriores. La legislación que pueda modificar esta atribución de competencias se inspirará en el principio de inmediación judicial.*

<sup>155</sup> TERRADILLOS BASOCO, J: *Terrorismo y derecho...*, op.cit., pág. 13.

### 3.3. Conclusiones

El análisis de la evolución legislativa en materia de antiterrorismo nos permite la realización de una serie de conclusiones al respecto.

La primera cuestión que podemos destacar es la evolución en relación con el carácter de este tipo de legislación. Desde la primera fase, correspondiente al periodo de la Restauración, hasta la última, correspondiente al periodo postconstitucional, se ha producido una evolución, pasando del carácter excepcional de esta legislación a un carácter ordinario, produciéndose la integración de esta legislación en la legislación ordinaria. El culmen de este proceso lo encontraríamos en la reforma del Código Penal, por medio de Ley Orgánica 3/1988, y en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por Ley Orgánica 4/1988, ambas de 25 de mayo.

La segunda cuestión a destacar sería en relación con la competencia para el conocimiento y enjuiciamiento de la criminalidad terrorista. Produciéndose, igualmente, una importante evolución desde el mantenimiento de la competencia en la jurisdicción militar hasta la jurisdicción ordinaria. Ciertamente es que esta evolución ha sido más lenta, conviviendo durante un largo periodo de tiempo un sistema mixto entre ambas jurisdicciones. Dicho proceso culminó en 1977 con la creación de la Audiencia Nacional como órgano especial, pero integrante de la jurisdicción ordinaria, y la atribución a dicho órgano el conocimiento y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo. Este sistema mixto en cuanto a la competencia para el enjuiciamiento de este tipo de delincuencia, que se mantuvo principalmente durante la etapa franquista, se debió a la diferente valoración del riesgo que por parte del régimen se hacía en el caso de que la violencia terrorista fuera realizada por grupos organizados y estables -en cuyo caso era competencia de la jurisdicción militar- o por individuos aislados sin competente de permanencia en el tiempo alguno -en cuyo caso era competente la jurisdicción ordinaria-.

Asimismo, es importante destacar en tercer lugar, la evolución producida en cuanto al elemento teleológico relacionado con este tipo de criminalidad. No fue hasta la II República cuando se incluyó este elemento y la necesidad de una finalidad de alterar el orden público para considerar las acciones cometidas como de terroristas. Es

en este momento cuando por primera vez se distingue con el término terrorista a este tipo de criminalidad para diferenciarla de la delincuencia común.

Por último, desde el punto de vista temporal también se produce una evolución en la consideración de este tipo de criminalidad. Pasando de ser considerado como un fenómeno transitorio, correspondiente a periodos determinados, a ser finalmente reconocido como algo estructural de los sistemas democráticos, que deberá de ser combatido con la legislación ordinaria y no con legislación excepcional o temporal.

## **CAPÍTULO CUARTO - LEGISLACIÓN PROCESAL PARA LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO EN EL DERECHO COMPARADO**

### **4.1. Introducción**

A la hora del estudio de la legislación procesal existente en Derecho comparado para la lucha contra el terrorismo, nos centraremos principalmente en los cuatro países de Europa occidental con mayor peso político y que, junto con España, han sido objetivo prioritario del terrorismo. Igualmente, nos referiremos a EEUU, dada la trascendencia que, para la lucha antiterrorista mundial, tuvieron los atentados del 11 de septiembre de 2001.

Como veremos, estos cinco países han desarrollado, desde finales de los años 60 y principios de la década de los 70, toda una estrategia jurídica dirigida a hacer frente al fenómeno del terrorismo, siendo el atentado del 11 de septiembre de 2001 contra las Torres Gemelas y el Pentágono un punto de inflexión en esa estrategia, que se caracterizará principalmente por un recorte de garantías procesales y derechos fundamentales en pro de la seguridad.

Cierto es que, del análisis de las diferentes leyes promulgadas para hacer frente a la amenaza terrorista, se pueden extraer algunas características comunes que se corresponden con los rasgos definitorios de lo que posteriormente se ha denominado como Derecho penal del enemigo:

- Mayor gravedad de las penas respecto de los delitos con una finalidad terrorista.
- Punición de conductas previas a la materialización de hechos delictivos, como la tipificación de la constitución e integración y/o colaboración de asociaciones u organizaciones con fines terroristas, así como los actos preparatorios.
- Minimización de garantías procesales y limitación de derechos fundamentales en las investigaciones a personas relacionadas con delitos de terrorismo, así como el recurso a la prisión provisional como medida cautelar en los casos de detenidos por delitos de terrorismo.

Esta circunstancia ha supuesto que la legislación haya sido ampliamente rechazada por algunos sectores de la doctrina. No obstante, como venimos sosteniendo a lo largo de todo este trabajo, que alguna de las medidas previstas sea propia de lo que se conoce como Derecho del enemigo no invalida toda la legislación antiterrorista; ni todo lo que es considerado como Derecho del enemigo supone realmente un ataque a los derechos fundamentales o garantías procesales.

Si bien es cierto que no es mucho lo que se ha escrito en castellano sobre legislación antiterrorista de países de nuestro entorno, algunas obras publicadas nos permiten trazar un marco legislativo lo suficientemente completo como para paliar esta limitación. De esta manera, además del Tratado sobre terrorismo escrito por la profesora Carmen Lamarca<sup>156</sup>, tantas veces citado, el libro publicado por el profesor López Garrido en 1987, *Terrorismo. Política y Derecho*<sup>157</sup>, y la obra dirigida por el profesor Javier Pérez Royo, *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*<sup>158</sup>, ofrecen un completo catálogo de la legislación antiterrorista dictada en Europa y Estados Unidos. Asimismo, otros trabajos como los realizados por el profesor Miró Llinares (*“El Derecho penal frene al terrorismo: enemigo en tiempos de crisis ¿amigo en periodos de final dialogado?”*)<sup>159</sup> y *“Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo. Política criminal frente a terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001”*<sup>160</sup>, el profesor Portilla Contreras (*El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*)<sup>161</sup>

---

<sup>156</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 369-384.

<sup>157</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo. Política y Derecho*. Alianza Editorial. Madrid. 1987

<sup>158</sup> PÉREZ ROYO, J (dir.)/CARRASCO DURÁN, M (coord.): *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*. Marcial Pons. Madrid, 2010.

<sup>159</sup> MIRÓ LLINARES, F: “El Derecho penal frene al terrorismo: enemigo en tiempos de crisis ¿amigo en periodos de final dialogado?”, en *El reconocimiento de las víctimas del terrorismo a través de la legislación y la jurisprudencia* / coord. por Alexandre H. Català i Bas, Fernando García Mengual. Universidad de Valencia-Fundación Profesor Manuel Broseta. Valencia. 2013. Págs. 179-214

<sup>160</sup> MIRÓ LLINARES, F: “Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo. Política criminal frente a terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001”, en *El terrorismo en la actualidad. Implicaciones filosóficas, jurídicas y psicológicas*. Generalitat Valenciana. Valencia. 2004-2005. Págs, 185-227

<sup>161</sup> PORTILLA CONTRERAS, G: *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007.



o el profesor Francisco Fernández Segado (“*La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales*”<sup>162</sup>), nos permiten completar, junto con los Informes Anuales de Amnistía Internacional<sup>163</sup> (que contienen un apartado específico sobre legislación antiterrorista), de manera exhaustiva, el marco legislativo en materia antiterrorista de los países de nuestro entorno y de EEUU.

## 4.2. Legislación anterior al 11-S

### 4.2.1. Italia

Una de las particularidades que encontramos en el caso italiano, respecto al resto de países de su entorno, es que, en un primer momento, la legislación que se va aprobando para hacer frente a la violencia no son leyes que vayan directamente contra el terrorismo, ni siquiera contra la criminalidad organizada. Se dictan leyes “que tienen una preocupación fundamentalmente orientada hacia la delincuencia común y el orden público y su filosofía básica y elemental consiste en incrementar los poderes de la policía”<sup>164</sup>.

Tal y como señala el profesor López Garrido<sup>165</sup>, los primeros años de la década de los 70 se caracterizaron en Italia por la aparición y la actuación de los primeros grupos terroristas italianos: las Brigadas Rojas y Primera Línea. Esta circunstancia provocó que se produjera una involución en el proceso legislativo italiano, sobre todo en lo que respecta al diseño del procedimiento penal, pasando de un diseño de corte progresista y garantista, vigente hasta el año 1974, a la aprobación de dos disposiciones legales que, si bien es cierto no eran específicas contra el terrorismo, suponían un

---

<sup>162</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F: “La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* n° 35, septiembre-octubre 1983, págs. 123-182.

<sup>163</sup> AMNISTIA INTERNACIONAL: *INFORMES ANUALES SOBRE EL ESTADO DE LOS DERECHOS HUMANOS*, correspondientes a los años 2004 a 2016 e *INFORME Dangerously Disproportionate: The ever-expanding national security state in Europe* (“*Peligrosamente desproporcionado: La expansión continua del estado de seguridad nacional en Europa*”) 2016.

<sup>164</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op. cit., pág. 72

<sup>165</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op. cit., págs.. 70-75.

endurecimiento de las medidas previstas contra los delitos más graves. Así, se aprueba el Decreto Ley, de 11 de abril, de medidas urgentes sobre justicia penal que amplía los periodos de prisión preventiva en relación con los delitos más graves, estableciéndose “en 8 años para la sustanciación completa de todo procedimiento y extendió la utilización del llamado juicio “*direttissimo*”<sup>166</sup>. Asimismo, en ese año se aprobó la Ley de 14 de octubre por la que se dictan nuevas normas contra la criminalidad, centradas en el incremento de penas y el establecimiento del juicio “*direttissimo*” obligatorio para los delitos de robo, extorsión y secuestro. Igualmente, se admitía “el interrogatorio policial aunque con asistencia letrada que había desaparecido del derecho italiano por la Ley 5 de diciembre de 1969”<sup>167</sup>.

El incremento de la criminalidad terrorista motivó la aprobación de la Ley *Reale*, de 22 de mayo de 1975, de carácter procesal y cuyo articulado parece perseguir un doble objetivo: impedir la excarcelación de los encausados y facilitar la actuación de las fuerzas de seguridad. Por un lado, convierte la libertad provisional prácticamente en una excepción (se limitan las facultades judiciales en orden a la puesta en libertad de los procesados, ya que el Juez viene obligado a decretar prisión en una serie muy numerosa de delitos); se amplía esa misma discrecionalidad judicial cuando se trata de cualquier otro delito de modo que podrá denegarse la libertad no solo por razones procesales, sino también cuando exista “la probabilidad, dada la gravedad del hecho o la personalidad del imputado de que éste, dejado libre, pueda cometer nuevamente delitos que pongan en peligro las exigencias de tutela de la colectividad”<sup>168</sup>. Y por otro, refuerza las facultades de la policía por medio de “la flexibilización en relación con la detención gubernativa, que de acuerdo con el artículo 238 de la Ley procesal solo procedía en caso de mandato judicial o cuando existiesen graves indicios de delitos. La nueva ley amplía tanto los supuestos en los que procederá la detención como en los requisitos para decretarla bastante la existencia de “suficientes indicios”. Además en “casos excepcionales de necesidad y urgencia” se autoriza el registro policial sin previo mandato del juez cuando se sospeche la tenencia de armas o explosivos”<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 379.

<sup>167</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 379.

<sup>168</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 380.

<sup>169</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 380.

Asimismo, como destaca la profesora Lamarca: “Con la finalidad de facilitar las actuaciones policiales, la Ley amplía los supuestos de legítima utilización de armas de fuego por parte de los agentes, autorizando su uso, además de en los casos de legítima defensa, cuando se trate de impedir la consumación de determinados delitos, como estragos, homicidio voluntario, robo a mano armada y secuestro de personas; y como medida complementaria, se establece un procedimiento especial y privilegiado para el enjuiciamiento de los delitos realizados por la policía en relación al uso de armas de fuego o de otros medios de coacción física”<sup>170</sup>.

Desde el punto de vista procesal, se aprueban en 1977 otras dos nuevas disposiciones en esta misma línea: el Decreto-Ley de 30 de abril de 1977, convertido en Ley de 7 de junio, por el que se procedía a “la prolongación indirecta del periodo de prisión provisional al preceptuar la suspensión del plazo “por causa de fuerza mayor que impida formar el Tribunal o ejercitar la defensa” para evitar dilaciones en el proceso por el continuo rechazo de los abogados de oficios o a través de amenazas o intimidaciones sobre los jurados”<sup>171</sup>; y la Ley de 8 de agosto de 1977 que reducía los supuestos de nulidad del procedimiento por causa de no citación o indefensión del imputado y modificaba las reglas sobre conexión procesal y competencia para el enjuiciamiento de delitos continuados.

El secuestro y asesinato de Aldo Moro en 1978 supuso un aumento de producción legislativa de mayor rigor sustantivo y procesal cuya principal novedad sería la introducción de la “finalidad terrorista o de eversión del orden democrático”. Como señala el profesor Fernández Segado: “Será la “tragedia de Moro”, en marzo de 1978, la que posibilitará el acuerdo entre las distintas formaciones políticas sobre la necesidad de aprobar normas que facilitaran a la autoridad los instrumentos necesarios para hacer frente con eficacia a la nueva amenaza”<sup>172</sup>. En este sentido, el Decreto-Ley de 21 de marzo de 1978, convertido en la Ley de 18 de mayo, reguló por primera vez algunas medidas, restrictivas de derechos fundamentales, específicas de los delitos de terrorismo. De esta manera, se permitía el interrogatorio policial sin asistencia letrada

---

<sup>170</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 380.

<sup>171</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 381.

<sup>172</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F: “*La suspensión individual...*”, op. cit., pág. 128.

en caso de absoluta urgencia y a los solos efectos de la investigación, sin que las declaraciones así obtenidas tuviesen valor procesal alguno. Se admitía que, en lo que respecta a la intervención de las comunicaciones telefónicas, la autorización judicial se produjera oralmente, con posibilidad de prorrogarla indefinidamente por periodos de quince días y que los resultados de la investigación se utilizasen en otros procedimientos. Además, se rompía con el principio de que toda intervención requiere de la existencia de serios y concretos indicios de delitos al prever una forma de intervención a los solos efectos de facilitar las pesquisas policiales y carente de todo valor procesal. Se atribuía la competencia al Ministerio del Interior para requerir de la autoridad judicial copia de las informaciones del sumario con la finalidad de prevención de determinados delitos. No obstante, el juez podía denegar motivadamente dicha información<sup>173</sup>.

Asimismo, siguiendo con esta misma tendencia, la máxima expresión legislativa italiana en materia de terrorismo la encontramos en el Decreto-Ley de diciembre de 1979, que se convirtió en la Ley de 6 de febrero de 1980. Esta Ley de “*medidas urgentes para la tutela del orden democrático y de la seguridad pública*” acuñó la agravante de finalidad terrorista o de eversión del orden democrático y procedió a la tipificación de los delitos de atentado y asociación terrorista. En el orden procesal destacaban las medidas relacionadas con la detención preventiva y de la prisión provisional, transformándola en medida automática y obligatoria. Situación esta que fue consolidada por la Ley número 304, de 29 de mayo de 1982 “*para la defensa del ordenamiento constitucional*”<sup>174</sup>.

Entre las principales medidas específicas contenidas en el Decreto-Ley de diciembre de 1979 destacan:

- La amplia tipificación de los delitos asociativos como punto de apoyo para la aplicación sistemática de la prisión preventiva. Se establece que para los acusados por algún delito de terrorismo la prisión se configura como obligatoria

---

<sup>173</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 381

<sup>174</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op. cit., pág. 74.

y la libertad provisional no puede concederse si la pena prevista es superior a cuatro años.

- Ampliación de la duración máxima de esta prisión hasta diez años.
- Establecimiento del agravante especial de “finalidad de terrorismo”, acompañado de un incremento, rígido y automático, de las penas y de los plazos de la prisión preventiva.
- Posibilidad de interrogatorio sin la presencia del abogado.
- Normas sobre conexión e intercambio de informaciones y documentos entre oficinas judiciales, que suprimen la autonomía del proceso individual y el secreto de instrucción de los jueces.
- Se establece la posibilidad de “detención por motivos de seguridad”, que no requiere ningún género de indicio delictivo, por un plazo de 48 horas. De esta manera, en casos de absoluta necesidad y urgencia los agentes de seguridad pueden proceder a la detención de las personas respecto de las cuales, por su actitud y en relación a las circunstancias de tiempo y de lugar, sea necesario verificar la existencia de comportamientos y actos que no reuniendo los requisitos de delito puedan estar encaminados a la comisión de delitos contra la seguridad del Estado y de estragos. La detención de seguridad debía de ser puesta inmediatamente en conocimiento del procurador de la República, su duración no debía de exceder de cuatro días y se transformaba en detención ordinaria si en el curso de las investigaciones se encontraban indicios de delito. Se establecen dos límites a esta medida: la exigencia de presentar al Parlamento cada dos meses una relación de las detenciones llevadas a cabo y un límite de vigencia temporal de un año (esta medida desapareció del derecho italiano en 1981)<sup>175</sup>.
- Se autoriza el registro domiciliario, incluso por edificios enteros o bloques de edificios, con motivo de la ejecución de una orden de detención o prisión contra persona sospechosa o imputada por alguno de los delitos agravados con la finalidad de terrorismo. La diligencia exige autorización judicial, siquiera sea

---

<sup>175</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 382.

telefónica, pero cuando concurren los motivos de necesidad y urgencia la policía puede prescindir de la misma, dando cuenta posteriormente al procurador de la República.

- En relación a la intervención de las comunicaciones, el artículo 15.2 de la Constitución habilitaba al legislador para limitar la libertad y el secreto de las comunicaciones, siendo la regla general que los supuestos de autorización de control quedan sometidos a reserva de jurisdicción. El procurador de la República podía autorizar que se intercepten las comunicaciones telefónicas (art. 226.6 del *Codice de Procedura Penale*) cuando ello sea necesario para la investigación de los delitos mencionados en el primer párrafo del artículo 165 ter, entre los cuales se encuentran el atentado y la asociación con fines terroristas o subversivos, introducidos en los artículos 280 y 270 bis del Código Penal por Decreto-Ley de 15 de diciembre de 1979<sup>176</sup>.

Por último, debemos hacer referencia a la ley n° 304, de 29 de mayo de 1982, oficialmente llamada “*para la defensa del ordenamiento constitucional*” pero que, en realidad, tiene por objeto fundamental la figura de los llamados “terroristas arrepentidos”. La política criminal puesta en práctica a través de la *Ley Cossiga* de 15 de diciembre de 1979, es consagrada definitivamente en la Ley de 29 de mayo de 1982. Tal y como indica el profesor López Garrido: “La característica fundamental de esta normativa es la reducción de penas y la indulgencia en la fase instructora, incluso en cuestiones de libertad personal, convertidas en medidas ampliamente discrecionales respecto de los inculpados que confiesen o colaboren con los órganos acusadores”<sup>177</sup>.

Posteriormente a la aprobación de la Ley de 1982 sobre los “*pentiti*”, el Parlamento italiano aprobó una nueva ley por la que se instituyó la creación del llamado Tribunal de la libertad, Ley n° 532, de 12 de agosto de 1982, en la que se preveía la posibilidad de un nuevo examen de fondo sobre todos los procedimientos restrictivos de la libertad personal, atribuyendo a la autoridad judicial la facultad de disponer de medidas coercitivas, distintas y alternativas respecto a la prisión preventiva.

---

<sup>176</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op. cit., pág. 73.

<sup>177</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op. cit., pág. 74.

A modo de conclusión de este breve repaso podemos destacar: en primer lugar, la no existencia de legislación específica en materia de terrorismo hasta 1978 tras el secuestro y posterior asesinato de Aldo Moro, cuando por medio de Decreto-Ley se introduce por primera vez la finalidad terrorista para agravar determinadas conductas ya tipificadas y se procede a un agravamiento de las penas en esos casos. Igualmente, es importante destacar, al igual que el caso español, el amparo constitucional existente para la suspensión de determinados derechos en casos de terrorismo. Y por último, si en algo destaca la legislación italiana en materia de terrorismo es por su Ley de arrepentidos.

#### 4.2.2. Alemania

Tal y como señala la profesora Lamarca, el auge experimentado, durante finales de los años 60 y principios de los 70, de las acciones terroristas llevadas a cabo principalmente por la organización terrorista *Baader Meinhof*<sup>178</sup>, dieron lugar a reformas legislativas y aprobación de una serie de leyes específicas para combatir este tipo de criminalidad.

No obstante, para el profesor López Garrido: “El origen de la legislación de emergencia en la República Federal de Alemania no está en la preocupación antiterrorista sino dar armas legales al Estado para defenderse de una supuestamente peligrosa avanzada de los movimientos estudiantiles de izquierda”<sup>179</sup>. Esta preocupación, es lo que habría provocado dos importantes modificaciones de la Constitución o Ley Fundamental de Bonn. La primera de ellas se aprobó el 18 de junio de 1968. Y la segunda, de mucho mayor calado puesto que afectó a derechos fundamentales, fue aprobada el 24 de junio de 1968 y supuso la regulación del “estado de defensa”, “que es aquel que tiene que declararse por el Bundestag, con el consentimiento del Bundesrat, cuando se produzca un ataque a la República Federal de Alemania por una fuerza armada o cuando ese ataque sea inminente”<sup>180</sup>. En relación con

---

<sup>178</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 374.

<sup>179</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op. cit., pág. 64.

<sup>180</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op. cit., pág. 65.

la limitación de derechos fundamentales, se modificaba el artículo referido al secreto del correo y las telecomunicaciones, “permitiéndose restricciones en la inviolabilidad de las comunicaciones cuando eso ha sido para proteger el *orden básico democrático libre*”<sup>181</sup>. Argumento este que se utiliza para permitir también determinadas restricciones legislativas en la libertad de movimientos. En relación con la libertad de asociación, “se declaran prohibidas aquellas asociaciones cuyos fines o actividades entren en conflicto con las leyes penales o que vayan directamente contra el *orden constitucional*”<sup>182</sup>. Asimismo, esta reforma afectó también al derecho al secreto de las comunicaciones, del art. 10.2 de la Ley Fundamental de Bonn<sup>183</sup>, destacando dos características: la amplitud del presupuesto exigido para proceder a la observación, proteger el orden básico liberal y democrático o la existencia o salvaguardia de la Federación o de un Estado federado; y la falta de control judicial.

Estas modificaciones de la Constitución o de la Ley Fundamental de Bonn, en lo que a limitaciones de derechos fundamentales se refiere, y la intensificación de la actividad terrorista durante los años 70, desencadenaron una serie de leyes específicas para hacer frente a este tipo de criminalidad. Tal y como señala el profesor Fernández Segado: “Será a mediados de 1975, tras una virulenta escalada terrorista, cuando se registra la primera reacción legislativa contra bandas armadas. A partir de un proyecto de ley “*para la lucha contra el terrorismo y las asociaciones criminales*”, se introducirán importantes modificaciones en las normas punitivas: ampliación del Código Penal al objeto de recoger la diversa tipología de delitos terroristas... Sin embargo, el aspecto más importante de estas reformas será la aprobación de una ley que modifica ciertas normas procesales, previendo el que el abogado defensor de un reo pueda ser excluido de participar en el proceso”<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op. cit., pág. 65.

<sup>182</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op. cit., pág. 65.

<sup>183</sup> **Art. 10.2 Ley Fundamental de Bonn.-**

*Solo en virtud de una ley podrán establecerse limitaciones a este derecho [secreto de las comunicaciones]. Si la restricción obedece al propósito de proteger el orden básico liberal y democrático o la existencia o salvaguardia de la Federación o de un Estado federado podrá la ley disponer que no se comuniquen la restricción al afectado y que el control sea asumido por órganos auxiliares y designados por la representación del pueblo, en vez de correr a cargo de la autoridad judicial.*

<sup>184</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F: “La suspensión individual...”, op. cit., pág. 127.



En primer lugar, debemos destacar la reforma del Código Penal, por ley de 16 de diciembre de 1971, que acordaba la modificación de algunos preceptos del Código Penal en relación con atentados a la Aviación Civil, toma de rehenes y problemas jurisdiccionales. Según el profesor López Garrido, el objetivo de dicha reforma se correspondían más con “un intento por parte del gobierno de la República Federal de Alemania para prevenir la comisión de actos terroristas concretos más que a la adopción de amplias medidas antiterroristas”<sup>185</sup>.

En segundo lugar, en relación con medidas restrictivas de derechos fundamentales, debemos mencionar la Resolución sobre los Radicales, firmada por la Conferencia de los Presidentes de los *Länder* y el Canciller Federal alemán el 28 de enero de 1972, cuya principal novedad fue la medida de “interdicción profesional” o “*Berufsverbot*” que establecía “un procedimiento para no aceptar o separar de las funciones públicas a aquellos individuos que no ofrezcan las garantías suficientes de fidelidad al ordenamiento constitucional”<sup>186</sup>.

En tercer lugar, debemos destacar una serie de medidas adoptadas encaminadas a limitar los derechos de defensa. En este sentido, como señala la profesora Lamarca, la reforma del Código y Ley de procedimiento penal, aprobada el 20 de diciembre de 1974, estableció la posibilidad de “excluir al abogado defensor de la causa cuando sea fundamentalmente sospechoso de haber “participado en el hecho que constituye el objeto de la investigación”, o de haber “cometido un hecho que en caso de condena del inculcado constituiría favorecimiento, estafa procesal o receptación”, o si “abusa de la comunicación con el inculcado preso para cometer delitos o pone en gran peligro la seguridad del establecimiento penitenciario”, asimismo, también cabe la citada exclusión cuando la actuación profesional del abogado genere un peligro “para la seguridad interior del Estado”<sup>187</sup>. Igualmente, se limitaba el número de defensores por inculcado y el número de inculcados para un mismo defensor común, que no podrá exceder de tres. Asimismo, se establecía la prohibición del abogado que haya sido

---

<sup>185</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op. cit., pág. 66.

<sup>186</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 374.

<sup>187</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 375.

excluido de la defensa de un inculpado a defenderle en ningún otro procedimiento. Debemos reseñar, igualmente, la posibilidad de que “el proceso pueda celebrarse aún en ausencia del inculpado si éste ha sido expulsado de la Sala por su conducta “contraria al orden” o si se ha colocado a propósito en situación de no asistir al proceso”<sup>188</sup>. Como resalta la profesora Lamarca, el objetivo de estas medidas no era otro que el de “evitar las dilaciones en el proceso y la prevención de que el abogado defensor pueda colaborar con los inculpados o entre éstos y el exterior”<sup>189</sup>.

En 1976, y tras un recrudecimiento del fenómeno terrorista, se llevó a cabo otra modificación del Código Penal por la que se crean nuevos artículos y se modifican otros en relación con las conductas que serán tipificadas como terrorismo. Así, por ejemplo, el art. 129 a) del Código Penal tipificará el intento de formar una asociación terrorista. En lo que al orden procesal se refiere, la *Anti- Terror Gesetz* (Ley Antiterrorista), de 8 de agosto de 1976, supuso modificaciones que afectaron a las leyes de procedimiento penal, de Constitución de Tribunales, de la Fiscalía Federal, de Ejecución de penas, así como al propio Código Penal. En el ámbito procesal regula nuevamente “los supuestos de exclusión de la defensa extendiendo la medida a los procedimientos que tengan por objeto la formación de asociaciones terroristas, siempre y cuando pesen sobre el abogado defensor sospechas de participación en el hecho delictivo, abuso en las comunicaciones del inculpado, etc.”<sup>190</sup>. Se añade la prohibición del abogado apartado de defender a otros inculpados en el mismo procedimiento ni en otros que tengan por objeto la formación de asociaciones terroristas. Igualmente la Ley prevé el control judicial de la correspondencia entre abogado e inculpado si éste último se haya incurrido en una causa sobre terrorismo. Esta Ley afectó también al régimen de la prisión preventiva que podría ordenarse “para los sospechosos de haber cometido un delito de asociación terrorista, asesinato, homicidio, genocidio o provocación de explosiones, sin necesidad de que se cumplan los requisitos que en general justifican dicha medida (riesgo de fuga, peligro de destrucción de pruebas o posible reiteración delictiva) y aún cuando no haya motivos para la detención conforme a la propia Ley (el imputado esté en fuga o escondido, cuando exista peligro de que el imputado se sustraiga del

---

<sup>188</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 375.

<sup>189</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 376.

<sup>190</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 376.

procedimiento criminal, cuando haya sospechas de que el imputado pretenda destruir o alterar medios de prueba, cuando el imputado pretenda ejercer influencias sobre otros imputados o testigos y cuando exista riesgo de que dificulte así la instrucción del proceso)”<sup>191</sup>.

En la línea de limitar el derecho de defensa, por su carácter restrictivo, la Ley de 30 de septiembre de 1977 de “interrupción de contactos” (*“Kontaktsperrengesetz”*) modificó la Ley de Introducción a la Ley de Constitución de Tribunales. Tal y como destaca la profesora Lamarca, de acuerdo con esta ley se podía incomunicar “totalmente a un detenido o preso en el curso de las investigaciones realizadas por acciones terroristas, prohibiendo incluso cualquier comunicación entre aquél y su abogado defensor, cuando se sospeche que de las mismas pueda derivarse un peligro para la vida, la integridad o la libertad de las personas. La prohibición de cualquier contacto o comunicación del inculcado puede durar hasta un periodo máximo de 30 días, siempre que pasados quince la medida sea refrenda por el Tribunal, pudiéndose prorrogar dicha incomunicación si subsisten las causas que lo motivaron o se producen nuevas circunstancias que así lo aconsejen. Durante el tiempo que dura la incomunicación se interrumpen los plazos procesales para la presentación de escritos por parte de la defensa del inculcado, produciéndose asimismo la suspensión o aplazamiento de la vista de la causa. Igualmente se recoge la posibilidad de prohibir la presencia del abogado defensor en las diligencias o pruebas sumariales realizadas en ese periodo, así como el conocimiento de las notificaciones o escritos presentados por el tribunal o el Ministerio Fiscal e incluso de las comunicaciones que con éstos haya tenido el inculcado”<sup>192</sup>.

Por último, merece una mención la Ley Antiterrorista de modificación de la Ley de Procedimiento Penal, de 14 de abril de 1978, que estaba dirigida a extender los supuestos de restricción de determinados derechos, “en este sentido prevé que pueda efectuarse el registro de viviendas o edificios enteros en el curso de las investigaciones sobre hechos terroristas o cuando se sospeche que una persona que ha cometido tales hechos se encuentra en los mencionados inmuebles, con los mismo fines se permite también establecer puestos públicos de control de carreteras y calles. Ambas medidas

---

<sup>191</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 377.

<sup>192</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 378.

deben de ser autorizadas por el Juez y, en caso de urgencia, por el Ministerio Fiscal o sus funcionarios auxiliares (policía fiscal). Asimismo, se autoriza al Ministerio Fiscal o a los funcionarios del servicio de policía para que puedan tomar las medidas necesarias a fin de proceder a la identificación de personas sospechosas de haber cometido un hecho delictivo”<sup>193</sup>. Importante es el nuevo paso que se da en esta Ley en lo referente a la limitación del derecho de defensa, ofreciendo “una nueva regulación del control de comunicaciones entre los abogados y sus inculpados en procedimientos por terrorismo admitiendo la posibilidad de establecer un cristal de separación entre los comunicantes restringiendo de este modo la posibilidad de intercambio de notas o escritos que no hayan sido previamente controlados”<sup>194</sup>. Asimismo, se preveían otras medidas como la posibilidad de “que los detenidos puedan quedar a disposición policial un plazo máximo de doce horas, a los solos efectos de su identificación”<sup>195</sup>, y se incrementaban las facultades policiales “permitiendo registros de viviendas o de edificios enteros cuando están en curso investigaciones sobre actos terroristas, o cuando se sospeche que sus autores se encuentren en ellos”<sup>196</sup>, correspondiendo la autorización de estas medidas al juez competente o, en caso de urgencia, al Ministerio Fiscal.

#### 4.2.3. Reino Unido

Como indica López Garrido, “Reino Unido, dentro del conjunto de los Estados Europeos que pudieran incluirse en el modelo democrático liberal, es el primero en poner en práctica una beligerante legislación”<sup>197</sup> frente al terrorismo. Esto se debe principalmente a la situación de terrorismo vivida durante décadas en Irlanda del Norte. De ahí que, en un primer momento, la legislación antiterrorista se refiriera exclusivamente a esa provincia integrada en el Reino Unido, para después extenderse a toda Gran Bretaña.

---

<sup>193</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 378.

<sup>194</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 379.

<sup>195</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op. cit., pág. 70.

<sup>196</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op. cit., pág. 70.

<sup>197</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op.cit, pág. 56.

Ya en 1922, “el Parlamento de Irlanda del Norte había aprobado una Ley sobre “*facultades de excepción de las autoridades civiles*” en su territorio para hacer frente a las acciones terroristas llevadas a cabo por grupos violentos”<sup>198</sup>. Esta Ley, *la Ley de Autoridades Civiles (Poderes Especiales) para Irlanda del Norte -Civil Authorities (Special Powers) Act (Northern Ireland)-*, conocida como *Ley de Poderes Especiales*, “inicialmente prevista como medida provisional, fue renovada anualmente hasta 1933, cuando su aprobó su vigencia definitiva, y tras ser reformada en 1943 se mantuvo en vigor hasta 1973. Su objetivo era mantener la paz y el orden público, reprimiendo e incluso anticipándose a manifestaciones de violencia originadas fundamentalmente en la comunidad católica de Irlanda del Norte”<sup>199</sup>.

La intensificación de los atentados terroristas que se produjo a partir de 1970 con la aparición del IRA, llevó al Gobierno británico a asumir, en 1972, la “administración directa” de Irlanda del Norte anulando temporalmente los poderes del Gobierno y del Parlamento de Belfast. Previamente, en 1971, el gobierno británico se vio forzado a introducir, en el territorio de Irlanda del Norte, “el sistema del llamado internamiento (*Internement*), aplicado por las tropas británicas destacadas en el Ulster”<sup>200</sup>, y consistente en la detención indeterminada sin juicio. Para López Garrido, el objetivo no era otro que el “de mantener aislado a miembros activos del IRA y obtener información de sus actividades”<sup>201</sup>.

Esta situación se modificó ligeramente con la *Northern Ireland (Detention of Terrorists) Order* (Orden sobre detención de terroristas en Irlanda del Norte) de noviembre de 1972. Por lo que, desde 1972, la detención provisional, cambiando el nombre de internamiento, permitía a la Policía mantener bajo su custodia, hasta un máximo de veintiocho días, a cualquier persona “sospechosa de estar relacionada con la comisión o intento de comisión de algún acto de terrorismo o con la dirección,

---

<sup>198</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 371.

<sup>199</sup> RODRÍGUEZ RUÍZ, B: “Entre la soberanía parlamentaria y los derechos humanos: seguridad y política antiterrorista en el Reino Unido”, en PÉREZ ROYO, J (dir.)/CARRASCO DURÁN, M (coord.): *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*. Marcial Pons. Madrid, 2010, pág. 100.

<sup>200</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op. cit., pág. 56.

<sup>201</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op. cit., pág. 56.

organización o entrenamiento de personas con propósitos terroristas”, mediante una orden firmada por el secretario de Estado para Irlanda del Norte. Finalizado el plazo anterior, podía prorrogarse la detención si se remitía el caso a un *Judicially qualifies Comissioner* (Comisionado judicialmente cualificado), nombrado por el Secretario de Estado para Irlanda del Norte y que no era necesariamente un juez, sino que podía serlo también un abogado con diez años de práctica. El comisionado tenía la capacidad de dictar una nueva orden de detención si era necesaria para la protección del público, debiendo existir una revisión de la detención por el Comisionado con anterioridad al transcurso de doce meses desde la fecha de la detención, y después, cada seis meses. El detenido podía apelar la detención ante el *Detention Appeal Tribunal* (Tribunal de Apelaciones de Órdenes de Detención), aunque las sesiones eran a puerta cerrada e incluso sin la presencia del apelante. Era, en definitiva, un procedimiento con características “ejecutivas”, reforzadas por la facultad del secretario de Estado de ordenar una nueva audiencia para revisar una orden de detención o de poner directamente en libertad al detenido.

Esta figura del internamiento se abandona fácticamente en 1975, por sus consecuencias negativas para la imagen del Ejército, y se suspende su vigencia por decisión parlamentaria desde el 22 de julio de 1980, aunque dejando al Secretario de Estado la posibilidad de ponerla de nuevo en vigor mediante una orden que, en caso de urgencia, no requiere autorización parlamentaria previa, pero que cesa en su vigencia a los cuarenta días, si no ha sido ratificada en ese plazo por el Parlamento.

La primera de las grandes leyes antiterroristas británicas fue la ley sobre medidas urgentes de 25 de julio de 1973 (*Northern Ireland [Emergency Provisions] Act 1973*) que derogaba la Ley de 1922 y los sucesivos Decretos de desarrollo, y establecía, junto a la prohibición de las asociaciones terroristas, una serie de medidas procesales que afectaban fundamentalmente a la detención, prisión provisional e internamiento. Entre las novedades introducidas por esta Ley estaba la incorporación de un nuevo sistema de interrogatorio, que se separaba netamente de las prácticas del common law tradicionalmente utilizadas, basado en “crear una atmósfera en la cual el deseo inicial de mantenerse en silencio sea sustituido por el deseo de confiar en el interrogador”<sup>202</sup>. Este

---

<sup>202</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op.cit, pág. 58.

nuevo sistema, junto con la nueva capacidad de la policía para arrestar y detener sospechosos para interrogarles hasta 72 horas, adquirieron importancia sobre todo a partir de 1975, momento en el que se acabó con el sistema del llamado internamiento anteriormente citado. Otra de las novedades introducidas por esta Ley fue la determinación de que determinados delitos relacionados con actividades terroristas fuesen juzgados en tribunales sin jurado (*Diplock courts*). La razón oficial era la supuesta intimidación que se podía producir sobre un jurado que, por definición, no tiene como profesión la de impartir justicia. La realidad de estos nuevos tribunales la encontramos en la necesidad de profesionalización de los jueces encargados del enjuiciamiento de este tipo de delincuencia, en algunos casos compleja, y la introducción de reglas especiales de procedimiento para el enjuiciamiento de la misma<sup>203</sup>. Dichas reglas especiales consistían:

- Se establece una preferencia por la prisión preventiva ya que para obtener la libertad provisional era necesario hacer una especial solicitud a un tribunal superior (*High Court Judge*).
- La mayor parte de la instrucción del caso corresponde al llamado *Director of Public Prosecutions*<sup>204</sup>, sujeto solo a instrucciones del *Attorney General*<sup>205</sup>, pero ante el cual solo llegan cargos que han sido preparados por el departamento jurídico de la policía. Hasta que el caso llega a un Magistrado pueden pasar de media unas dieciséis semanas o más, sin que el Magistrado ni el abogado defensor puedan ejercer ningún control sobre la instrucción.

Aunque esta ley era de aplicación exclusiva al territorio de Irlanda del Norte, desde marzo de 1973, el Ministerio del Interior Británico venía estudiando la posibilidad de ir extendiendo la legislación antiterrorista prevista para el Ulster a toda Gran Bretaña. En esta línea, en el verano de 1974, se aprobaron la “*exclusion orders*”

---

<sup>203</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op.cit, pág. 59.

<sup>204</sup> Director del Ministerio Público, Fiscal público más alto en Inglaterra y jefe del Servicio de la Fiscalía de la Corona.

<sup>205</sup> Procurador General del Estado.

que implicaban la prohibición de entrada en el territorio de Reino Unido a determinadas personas sospechosas de estar relacionadas con actividades terroristas<sup>206</sup>.

La explosión de dos bombas en dos pubs de Birmingham, el 21 de noviembre de 1974, propició que el Ministro del Interior británico presentara en el Parlamento el proyecto de Ley de Prevención del Terrorismo (*Prevention of terrorism [Temporary Provisions] Act 1974*), que entró en vigor el 29 de noviembre. Esta Ley, “además de prohibir las asociaciones terroristas concedía autorización a la policía para detener a las personas sospechosas de haber cometido o cometer actividades terroristas por un plazo máximo de 48 horas con la posibilidad de que el Secretario de Estado prorrogará la misma durante cinco días más (art. 7º). Asimismo, entre otras medidas, se autorizaba a la policía para efectuar controles de seguridad en las personas que salieran o entraran en Gran Bretaña y que pudieran ser sospechosas de cometer, preparar o instigar actos de terrorismo (art. 8º)”<sup>207</sup>. Igualmente se atribuye al Secretario de Estado la potestad de expulsar de Gran Bretaña, Norte de Irlanda o todo el Reino Unido, a las personas sospechosas de realizar, preparar o instigar las actividades terroristas (art. 3 y ss). En este sentido, señala Lamarca que “aunque la Ley establece la designación de un consejero que revise la orden de expulsión y pueda recomendar o no la medida al Secretario de Estado, el procedimiento de expulsión no goza de las mínimas garantías: el individuo al que le afecta la medida no tiene derecho a ser aconsejado legalmente ni a ser informado de los cargos o pruebas que pesan sobre él y las recomendaciones que pueda efectuar el consejero no son vinculantes para el Secretario de Estado que puede rechazar las mismas”<sup>208</sup>.

Entre otras medidas, la Ley de Prevención del Terrorismo de 1974 que ha sufrido sucesivas modificaciones, pero que mantiene su vigencia en la actualidad, autorizaba a los oficiales de los cuerpos de seguridad a arrestar, sin mandato judicial y sin comunicarle las razones de su detención, a todo ciudadano del que “razonablemente” se sospeche que pertenece o apoya a organizaciones ilegales o haya ayudado a otra persona implicada en la comisión, preparación o instigación de actos de

---

<sup>206</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op. cit., pág. 60.

<sup>207</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 372.

<sup>208</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 373.



terrorismo. Igualmente, se permitía a los oficiales, con rango de superintendente superior, a autorizar un registro de locales si consideraba que el caso era de gran urgencia<sup>209</sup>.

Como señala López Garrido, esta Ley constaba de tres partes. Una primera, en la que se procedía a la definición del terrorismo “como cualquier uso de la violencia para fines políticos”, autorizando al Secretario de Estado a proscribir organizaciones que, a su juicio, estén relacionadas o apoyen actividades terroristas. En el caso del IRA, se procedió a su ilegalización en noviembre de 1974 y todos aquellos que fueron detenidos por ello tuvieron que demostrar que sus actividades al servicio de dicha organización terrorista se correspondían al periodo anterior a su ilegalización, invirtiéndose así la carga de la prueba<sup>210</sup>. Una segunda parte, que establecía los nuevos procedimientos para el arresto y la detención, y regulaba la llamada “*exclusion order*”. Y por último, la tercera parte de la Ley que se refería a los procedimientos de arresto y detención efectuados por la policía. Como señala López Garrido “un oficial de los cuerpos de seguridad puede arrestar a un ciudadano sin un mandamiento judicial si “razonablemente” sospecha que pertenece o apoya a organizaciones ilegales; que está sujeto a una orden de exclusión o ha ayudado a otra persona que está implicada en la comisión, preparación o investigación de actos de terrorismo”<sup>211</sup>. Por lo tanto, la Ley permitía arrestar a una persona sin mandamiento judicial y sin comunicarle las razones de su detención. Y una vez que ha sido arrestada puede permanecer bajo custodia de la policía hasta cuarenta y ocho horas, pudiendo ser ampliado dicho plazo por el Ministro del Interior en cinco días más. Igualmente, cualquier persona que pueda ser arrestada puede ser registrada, sin mandamiento judicial, por un oficial de policía con el fin de comprobar si el sospechoso tiene algún tipo de documento que pueda demostrar que debe ser objeto de arresto. Por último, un oficial con rango de superintendente superior puede autorizar un registro de locales si considera que el caso es de gran urgencia y que requiere una acción inmediata “en el interés del estado”.

---

<sup>209</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op. cit., pág. 61.

<sup>210</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op. cit., pág. 61.

<sup>211</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op. cit., pág. 62.

En 1976, la Ley fue ligeramente enmendada por la *Prevention or Terrorism. Temporary Provisions. Act. 1976*, aprobada el 25 de marzo, que introdujo como principal novedad algunas modificaciones de carácter sustantivo al tipificar las conductas de colaboración con asociaciones o actividades terroristas. En lo que respecta al orden procesal, la profesora Lamarca destaca que “la nueva Ley autoriza igualmente la detención policial por un máximo de 48 horas prorrogables hasta cinco días más por el Secretario de Estado e introduce algunas modificaciones en el procedimiento de expulsión de individuos sospechosos de cometer, preparar o instigar los actos de terrorismo”<sup>212</sup>. Importantes son otras dos medidas contenidas en dicha Ley: la creación de un cuerpo de policía antiterrorista especializado y la negación a los detenidos por este tipo de delitos del status de presos políticos.

Dicha Ley fue modificada por la *Prevention os Terrorism Act 1986*, que seguía en la línea de otorgar “a la policía atribuciones tan amplias como: la detención por siete días, la entrada y registro domiciliario sin mandato, expulsiones territoriales, confinamientos de sospechosos de terrorismo, intervención de comunicaciones postales y telegráficas, apertura de correspondencia, etc.”<sup>213</sup>

Por último, debemos destacar la *Northern Ireland. Emergency Provisions. Act. 1978*, de 23 de marzo, “que consolida algunas de las disposiciones recogidas en las leyes anteriores”<sup>214</sup>. De esta manera, se venía a establecer el procedimiento a seguir en la investigación de determinados delitos que afectan a la seguridad y al orden público, regulando la constitución de Tribunales y forma del juicio. En lo que respecta a la detención policial, se mantenía en el territorio de Irlanda del Norte un plazo máximo de 72 horas de duración y se regulaba la prisión provisional y la posibilidad de su prórroga prácticamente de una manera ilimitada.

Desde entonces, han sido varias las normas británicas que se han dictado en materia de terrorismo: la Ley de 30 de junio de 1978 (*Suppression of Terrorism Act 1978*) cuyo objeto era reformar la ley de extradición como consecuencia de la firma por

---

<sup>212</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 373.

<sup>213</sup> MIRÓ LLINARES, F: “Democracias en crisis...”, op. cit., pág. 197.

<sup>214</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 373.

Gran Bretaña del Convenio Europeo sobre represión del terrorismo; la Ley de 13 de julio de 1982 (*Taking of Hostage Act 1982*) como consecuencia de la firma por Gran Bretaña del Convenio Internacional sobre toma de rehenes; y la Ley de 1 de enero de 1987 (*Public Order Act 1986*) que, junto con la *Police and Criminal Evidence Act 1984*, supuso un endurecimiento en la política de orden público del gobierno británico al conceder al poder ejecutivo facultades que antes no tenía en relación con arrestos o detenciones<sup>215</sup>.

Un hito que influyó de manera considerable en la política antiterrorista del Reino Unido, fue la incorporación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (que había entrado en vigor en 1953) a la legislación británica por medio de la *Human Rights Act* de 1998. Caracterizada por dar un mayor protagonismo al poder judicial en el sistema constitucional británico, no entró en vigor en su totalidad hasta octubre de 2000. Como consecuencia de dicha Ley, el 20 de julio de 2000 fue aprobada la nueva Ley sobre terrorismo (*Terrorism Act 2000*). Tal y como destaca la profesora Rodríguez Ruiz, esta Ley fue “promulgada como la primera legislación antiterrorista del Reino Unido que aspira a tener carácter permanente, la *TA* es una ley de amplio contenido, que incluye tanto elementos de continuidad como de innovación respecto de la anterior legislación antiterrorista, tanto elementos expansivos de poderes gubernamentales como otros que los limitan en relación con las leyes anteriores”<sup>216</sup>. Entre sus novedades podemos destacar: una definición amplia de terrorismo y actos terroristas y el control de los poderes del ejecutivo para limitar derechos y libertades en el contexto de la lucha antiterrorista, limitando los poderes excepcionales de la policía y otorgando mayor protagonismo al proceso y garantías judiciales.

#### 4.2.4. Francia

Tal y como introduce López Garrido, “los acontecimientos de Argelia”<sup>217</sup> de finales de años 50 y principios de los 60 deben de ser tenidos en cuenta a la hora de analizar el ordenamiento jurídico francés, específico en materia de antiterrorismo. En

<sup>215</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 373.

<sup>216</sup> RODRÍGUEZ RUÍZ, B: “Entre la soberanía parlamentaria y...”, op. cit., pág. 109.

<sup>217</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op. cit., pág. 75.

este contexto es en el que se aprueba la ordenanza 60-121, de 13 de febrero de 1960, por la que se establecía el plazo de duración de la detención preventiva en 96 horas, atribuyéndose a los prefectos un amplio poder de instrucción para delitos contra la seguridad del Estado (art. 130 del Código de Procedimiento Penal).

Posteriormente, la ordenanza 60-529, de 4 de junio de 1960, introdujo en el ordenamiento francés la figura del *Cour de Sûreté de l'Etat* (Tribunal de Seguridad del Estado), juez extraordinario competente en exclusiva en todo el territorio nacional para juzgar a los inculcados de delitos contra la seguridad del Estado y para pronunciarse sobre otros actos criminales con el fin de sustituir por una “autoridad ilegal a la autoridad del Estado” (art. 498 de Código de Procedimiento Penal). Este Tribunal estuvo vigente por 18 años, hasta que ley 81-737, de 4 de agosto de 1981, lo suprimió.

El Tribunal de la Seguridad del Estado, que fuera introducido por la Ley 60/529, de 4 de junio de 1960, y que operaba siguiendo esquemas de una jurisdicción especial, fue suprimido por Ley de 4 de agosto de 1981, restituyéndose la competencia de las *Cours d' Assises*.

Destaca la Ley *Securité el Liberté*, de 2 de febrero de 1981, destinada a luchar contra el desarrollo de la violencia. Según López Garrido: “La ley generalizaba los controles de identidad que daban lugar a una retención por la policía en un coche policial o en la comisaría durante el tiempo necesario para verificados, introducía el “delito de audiencia” permitiendo al tribunal proscribir a un abogado que turbase “la serenidad de los debates”, prolongaba el plazo de detención preventiva para ciertos delitos más graves hasta un plazo de 3 días (art. 63-1 del Código de Procedimiento Penal) y suprimía la instrucción previa para determinados delitos. Todas estas medidas, salvo el “delito de audiencia”, junto con la legalidad y proporcionalidad de los delitos y de las penas fueron consideradas perfectamente constitucionales por el Consejo Constitucional”<sup>218</sup>.

Con posterioridad fue aprobada la ley 83-966 de 10 de junio de 1983, que modificó determinadas disposiciones de la ley anterior. Una de las principales

---

<sup>218</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op. cit., pág. 76.

novedades fue la que se refería a los controles de identidad. En este sentido, a partir de esta ley se autorizaba la toma de huellas digitales y de fotografías para “toda persona respecto de la cual exista sospecha que haga presumir que ha cometido o ha intentado cometer una infracción, o que haya sido objeto de investigación ordenada por una autoridad judicial”<sup>219</sup>.

Importantes fueron las disposiciones legales aprobadas en 1986 ya que, como principal novedad, iban dirigidas a los delitos de terrorismo. De esta manera el 9 de septiembre de 1986 fue aprobada la ley nº 86-1020 que, entre sus novedades, enumeraba ciertos delitos ya existentes y los somete a un régimen particular más severo cuando son cometidos en un contexto terrorista. Y desde el punto de vista procesal establecía que: en primer lugar, los procedimientos seguidos por delitos de terrorismo se centralizarían en París. “Según el art. 706-17 del Código Procesal Penal, para la persecución, instrucción y juicio de los delitos a que se refiere el artículo 706-17, el Fiscal de la República, el Juez de Instrucción, el Tribunal Correccional y el Tribunal de lo Criminal de París ejercen una competencia concurrente. La conducción de la investigación compete a la policía local, pero el Fiscal de la República asume la dirección de esa investigación”<sup>220</sup>; en segundo lugar, la detención preventiva ante la policía se extendería de dos a cuatro días en materia de terrorismo, debiendo, si pasa de dos días, autorizar la prórroga un juez y con informe médico; “las necesidades de la investigación”, como indica el art. 706-24 del Código Procesal, autorizan a los oficiales de policía judicial a realizar una investigación o registro domiciliario sin requerir el asentimiento expreso del interesado que es reemplazado por el de un juez<sup>221</sup>. Y por último, se establecía que los delitos de terrorismo serían juzgados por un tribunal con la ausencia del jurado, así como excusas absolutorias que eximen de la pena para los casos de colaboración activa del terrorista y reducciones de pena<sup>222</sup>.

#### 4.2.5. EEUU

---

<sup>219</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op. cit., pág. 77.

<sup>220</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op. cit., pág. 78.

<sup>221</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op. cit., pág. 79.

<sup>222</sup> LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo...*, op. cit., pág. 79.

Aunque en EEUU han existido grupos de terrorismo doméstico como el Ku-Klux-Klan y otros relacionados con el fanatismo religioso, hasta los atentados de Oklahoma - en abril de 1995- y los del *World Trade Center* en Nueva York -- el primero de ellos en febrero de 1993 y el segundo en junio de 1996- EEUU no percibió el terrorismo como una amenaza particular a la que hacer frente<sup>223</sup>.

Por eso la primera ley antiterrorista propiamente dicha no entró en vigor en EEUU hasta 1991, la *USA Patriot Act, Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*, aprobada el 26 de octubre de 1991<sup>224</sup>. Y la segunda, la *Anti-Terrorism and Death Penalty Act*<sup>225</sup>, fue aprobada en 1996.

#### 4.3. El frenesí legislativo después del 11-S

Tras los atentados del 11-S, los países europeos y los propios EEUU aprobaron una serie de leyes antiterroristas con la voluntad de proteger y reforzar la seguridad de los ciudadanos frente al terrorismo. Pero estas normas, junto con esa voluntad de protección, comparten una serie de características de especialidad en el tratamiento de la delincuencia terrorista frente al resto de delitos que hace que muchos autores las identifiquen con lo que tradicionalmente se ha conocido como Derecho penal del enemigo.

Tal y como indican los profesores Álvarez Conde y González: “Los atentados del 11 de septiembre en EEUU abrieron un amplio proceso de reformas legislativas en materia de lucha antiterrorista tanto en este país como en Europa que han supuesto un

---

<sup>223</sup> MIRÓ LLINARES, F: “El Derecho penal frene al terrorismo: enemigo en tiempos de crisis...”, op. cit., pág. 185.

<sup>224</sup> CARRASCO DURÁN, M: “Medidas antiterroristas y Constitución, tras el 11 de septiembre de 2001”, en PÉREZ ROYO, J (dir.)/CARRASCO DURÁN, M (coord.): *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*. Marcial Pons. Madrid, 2010, pág. 14.

<sup>225</sup> MIRÓ LLINARES, F: “Democracias en crisis...”, op. cit., pág. 196.

evidente recorte de derechos fundamentales y libertades públicas en pro de la seguridad”<sup>226</sup>.

Más allá de las medidas propias de derecho sustantivo contenidas en esta legislación antiterrorista, en lo que respecta al orden procesal, nos encontramos como característica común a todas ellas ante una minimización o limitación de garantías procesales y una restricción de derechos fundamentales a favor de una mayor eficacia en la investigación policial frente al terrorismo y en pro del derecho a la seguridad de todos los ciudadanos frente a la amenaza que supone el terrorismo. Prácticamente todas las leyes posteriores al 11-S acentúan la tendencia de aumentar los poderes policiales de investigación en detrimento de las garantías del proceso penal.

#### 4.3.1. Italia

Tras los atentados del 11 de septiembre, en Italia se aprobaron una serie de leyes para la investigación en materia de terrorismo internacional: el Decreto ley núm. 369 de 12 de octubre de 2001, convertido en Ley núm. 431 de 14 de diciembre de 2001, de Medidas urgentes para reprimir y contrarrestar la financiación del terrorismo internacional; y el Decreto ley núm. 374 de 18 de octubre de 2001, convertido en Ley núm. 438 de 15 de diciembre<sup>227</sup>, sobre Disposiciones urgentes para contrarrestar el terrorismo internacional, que ampliaron el concepto de terrorismo, sancionando la promoción, dirección o financiación de asociaciones para la realización de actos violentos, o la colaboración con asociaciones que se propongan realizar actos violentos con finalidad de terrorismo internacional o de subversión del orden<sup>228</sup> e introduciendo dos nuevos delitos: el reclutamiento con fines terroristas y el delito de adiestramiento para actividades con fines terroristas<sup>229</sup>. Igualmente, esta última Ley prevé medidas

---

<sup>226</sup> ÁLVAREZ CONDE, E/GONZÁLEZ, H: “Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales”. *ARI* N° 7/2006, Real Instituto Elcano. 19/1/2006, pág. 7.

<sup>227</sup> MIRÓ LLINARES, F: “El Derecho penal frene al terrorismo: enemigo en tiempos de crisis...”, op. cit., pág. 185.

<sup>228</sup> PORTILLA CONTRERAS, G: *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista...*, op. cit., pág. 157.

<sup>229</sup> MIRÓ LLINARES, F: “Democracias en crisis...”, op. cit., pág. 202.

urgentes para reprimir y contrarrestar la financiación del terrorismo internacional, y amplía el poder de actuación de la policía en la investigación de este tipo de delitos.

En relación con esto último, la ley de 15 de diciembre de 2001 estableció un amplio espacio de actuación policial para la investigación sobre terrorismo internacional, facultando a la policía para “la utilización de documentos falsos, permitiéndoles la interceptación de comunicaciones o eximiéndoles de responsabilidad si, para obtener pruebas en delitos terroristas, reciben, sustituyen u ocultan armas, dinero, documentos o drogas, si bien con el control de la autoridad judicial. E igualmente se permite la interceptación y control de las comunicaciones con fines preventivos”<sup>230</sup>. Así, el art. 226 del Código procesal penal italiano permite la interceptación de las comunicaciones o de conversaciones durante cuarenta días como máximo, aunque prorrogables.

Tras los atentados de Londres del 7 de julio de 2005, se procedió a la aprobación de una serie de medidas urgentes contra el terrorismo internacional, en concreto, el Decreto-Ley nº 144, de 27 de julio de 2005, que, con algunas modificaciones, se convirtió en la Ley nº 155, de 31 de julio de 2005. Entre dichas medidas destacan la posibilidad de “expulsión inmediata del extranjero cuando existan fundados motivos para pensar que su permanencia en el territorio del Estado puede facilitar la actuación de organizaciones o actividades terroristas, salvo que esté sometido a un procedimiento penal por ese motivo. Sin embargo, se concede un permiso de residencia especial, en principio de un año prorrogable, al extranjero que colabore con la autoridad judicial o cualquier órgano policial para recabar información relativa a delitos de terrorismo. Está previsto conceder excepcionalmente la carta de residencia permanente al delator, cuando su contribución permita la prevención de atentados terroristas o la reducción de consecuencias dañosas o de peligros de esos atentados”<sup>231</sup>.

Esta ley contiene también medidas sobre intervenciones telefónicas y telemáticas imponiéndose, tanto a las redes públicas de comunicaciones como a los

---

<sup>230</sup> PORTILLA CONTRERAS, G: *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista...*, op. cit., pág. 158.

<sup>231</sup> PORTILLA CONTRERAS, G: *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista...*, op. cit., pág. 159.



servicios de comunicación electrónica accesibles al público, conservar los contenidos de esas comunicaciones e informaciones hasta el 31 de diciembre de 2007, salvo que legalmente se establezca un periodo de conservación ulterior. Igualmente, se exige solicitar la autorización del Jefe de policía para todos aquellos servicios que pongan a disposición del público, clientes o socios, aparatos terminales para la comunicación telemática.

Asimismo, “otra de las facultades otorgadas a la autoridad gubernativa afecta a la posibilidad de obtener ADN, material biológico de la cavidad bucal del sospechoso que lo acepte voluntariamente. Si faltara su consentimiento, la policía judicial podrá proceder coactivamente a la obtención de dicha muestra, con respeto absoluto de su dignidad personal, previa autorización escrita, o bien oral, y confirmada por escrito por el Ministerio público”<sup>232</sup>.

Igualmente, se contienen en esta ley nuevas figuras delictivas como el adiestramiento sobre preparación de material explosivo, armas de guerra, sustancias bacteriológicas, nocivas o peligrosas; y la posesión de un documento falso. En relación con delitos de terrorismo concretamente, se tipifican el alistar a una o más personas para el cumplimiento de actos de violencia con finalidad terrorista, contra un Estado exterior, una institución o un organismo internacional.

En lo que respecta a la ampliación de poderes a la policía, se prorroga el plazo de detención policial de doce a veinticuatro horas cuando la identificación sea particularmente compleja, posibilidad que se extiende no solo a los imputados por la autoridad judicial, sino también a aquellas personas, que a juicio de la policía judicial, puedan ser calificadas como sospechosas.

En febrero de 2015, “se aprobaron nuevas leyes antiterroristas que aumentaban las penas de prisión para las “personas reclutadas por otras para cometer actos de terrorismo” y preveían penas para quienes organizaran, financiaran o promovieran viajes “con el propósito de realizar actos de terrorismo”. Las leyes tipificaban también

---

<sup>232</sup> PORTILLA CONTRERAS, G: *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista...*, op. cit., pág. 160.

como delito la participación en un conflicto en territorio extranjero “en apoyo de una organización terrorista”, y conferían al gobierno la autoridad de mantener una lista de sitios web usados para el reclutamiento y de ordenar su bloqueo a los proveedores de servicio de Internet”<sup>233</sup>.

#### 4.3.2. Alemania

En Alemania, inmediatamente después del 11-S se adoptaron una serie de medidas antiterroristas para reforzar la seguridad de los ciudadanos frente a la amenaza terrorista.

La *Terrorismusbekämpfungsgesetz*, de 9 de enero de 2002, contenía una serie de medidas que suponían un aumento del control policial de los extranjeros y limitaban garantías en lo que se refiere a la protección de la intimidad de los datos personales. Entre otras, se recogen las siguientes medidas: desaparece la separación entre los servicios de policía y de información<sup>234</sup>; se amplían las competencias del Servicio de Contraespionaje Militar autorizándosele a solicitar a las sociedades que suministren servicios de telecomunicaciones información sobre los datos relativos a la utilización de dichos servicios<sup>235</sup>; y se modifica la normativa sobre extranjería y asilo político, pudiendo prohibirse la entrada y residencia en Alemania a cualquiera que participe o contribuya a la realización de actos de terrorismo.

Con la citada Ley se dota a la policía de gran discrecionalidad a la hora de manejar información sobre personas potencialmente peligrosas para la seguridad del país. En este sentido, la policía tiene acceso a las cuentas corrientes, datos de líneas aéreas y el correo postal de las personas sospechosas. Igualmente, y aunque antes del 11 de septiembre se había rechazado su aprobación, después de los atentados la aprobación de un amplio paquete de medidas legales (*sicher-heitspaket II*) ha permitido, entre otras

---

<sup>233</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL: La situación de los Derechos Humanos en el mundo. Informe 2015/2016.

<sup>234</sup> MIRÓ LLINARES, F: “El Derecho penal frene al terrorismo: enemigo en tiempos de crisis...”, op. cit., pág. 191.

<sup>235</sup> ÁLVAREZ CONDE, E/GONZÁLEZ, H: “Legislación antiterrorista comparada después...”, op. cit., pág. 6.

cosas, la legalización del sistema “*IMSI Catcher*” que permite la identificación de todos los teléfonos móviles en un radio inferior a doscientos metros<sup>236</sup>.

Por último, hay que destacar que la Ley de 9 de enero de 2002 extiende las posibilidades de disolución a las asociaciones formadas por extranjeros y que pudieran suponer un riesgo para la seguridad de Alemania<sup>237</sup>.

Los últimos atentados producidos en Alemania durante el pasado mes de julio de 2016, en Wurzburg y Ansbach (Baviera), forzaron al ministro del Interior alemán a presentar, un mes después, un amplio catálogo de medidas para reforzar la seguridad interna e impedir nuevos atentados terroristas. Entre ese catálogo de medidas está previsto el refuerzo de la seguridad, la creación de una nueva agencia nacional de inteligencia destinada a combatir el ciberterrorismo y un endurecimiento de las leyes de extranjería con el objetivo de acelerar las expulsiones de los que cometan delitos. El endurecimiento de las leyes de extranjería también contempla la creación de una nueva figura legal, “amenaza para la seguridad pública”, que castigará también con expulsiones a los extranjeros que tengan en su poder varios documentos de identidad. Igualmente, está previsto retirar la nacionalidad a aquellos ciudadanos alemanes que cuenten además con otra y estén combatiendo en el extranjero en las filas de un grupo terrorista (según datos de los Servicios de Inteligencia alemanes a finales de 2016 unas 820 personas habrían abandonado el país para combatir en Siria o Irak, y uno de cada tres ha regresado a Alemania, una realidad que ha llevado a temer que los excombatientes puedan llevar a cabo actos terroristas en suelo alemán)<sup>238</sup>.

Por último, destacar que tras el atentado perpetrado el 19 de diciembre de 2016 contra un mercado navideño en Berlín, en el que resultaron muertas 12 personas, el gobierno anunció el endurecimiento de las leyes contra “radicales islámicos

---

<sup>236</sup> MIRÓ LLINARES, F: “Democracias en crisis...”, op. cit., pág. 205.

<sup>237</sup> PORTILLA CONTRERAS, G: *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista...*, op. cit., pág. 156.

<sup>238</sup> DEU BERLÍN: “Alemania quiere endurecer su ley antiterrorista tras recientes atentados”. Lainformación.com. 10/8/2016.

durmientes” para que puedan ser encarcelados por largo tiempo sin que hayan cometido algún delito concreto<sup>239</sup>.

#### 4.3.3. Reino Unido

Tras los atentados del 11 de septiembre, dos fueron los instrumentos legales aprobados en Reino Unido para hacer frente la amenaza terrorista: la *Anti-terrorism, Crime and Security Act* (ACTSA), de diciembre 2001, y la *Prevention on Terrorism Act*, de noviembre 2005<sup>240</sup>.

Si en el año 2000, Reino Unido completaba la entrada en vigor de la *HRA*, que suponía la incorporación de la Convenio Europeo de Derechos Humanos a su ordenamiento jurídico, tras los atentados del 11-S se acabaría con esta tendencia y “se promulgaba, el 14 de diciembre de 2001, la Ley sobre Antiterrorismo, Crimen y Seguridad (*Anti-terrorism Crime and Security Act, ACTSA*) elaborado como respuesta a los ataques terroristas del 11 de septiembre de ese año en Estados Unidos, y prevista para modificar la *Terrorism Act* y hacer frente al terrorismo internacional”<sup>241</sup>.

La ACTSA, que venía a perfeccionar la Ley antiterrorista del 2000, contenía disposiciones para hacer frente a la financiación del terrorismo, para el control de las comunicaciones y, como gran novedad, concede competencias para expulsar a sospechosos por terrorismo, detener a los pendientes de deportación y para denegar el derecho de asilo. En este sentido, la Ley de 2001 establece la obligación a los servidores de internet de guardar las bases de datos de las comunicaciones durante dos años, si bien el contenido de las mismas queda excluido de esta obligación; además, se le otorga el poder a las autoridades gubernamentales de revelar cualquier información requerida por los servicios de inteligencia o la policía para facilitar, proseguir o incluso iniciar sus investigaciones. Asimismo, se otorga a los jueces la posibilidad de solicitar un control de cuentas durante un plazo de 90 días, obligando a las entidades financieras a dar toda

<sup>239</sup> NTX/I/OB/AES: “Endurecimiento en Alemania contra radicales islámicos “durmientes”. TERRA. 9/1/2017.

<sup>240</sup> MIRÓ LLINARES, F: “El Derecho penal frene al terrorismo: enemigo en tiempos de crisis...”, op. cit., pág. 185.

<sup>241</sup> RODRÍGUEZ RUÍZ, B: “Entre la soberanía parlamentaria y...”, op. cit., pág. 110.

la información solicitada sobre la cuenta corriente de una determinada persona relaciona con la actividad terrorista<sup>242</sup>.

Igualmente, la *Anti-terrorism Crime and Security Act* incluye nuevas figuras delictivas de muy diverso tipo -y no siempre relacionadas directamente con el terrorismo-, y agrava las penas en relación con comportamientos sospechosos que puedan hacer creer la existencia de una amenaza terrorista.

Al igual que las otras leyes antiterroristas analizadas, la Ley británica de 2001 incrementa significativamente el poder policial de intervención en la esfera de la libertad personal de los ciudadanos. De esta manera, se permite la detención de todo el que, según el Secretario de Estado, sea un peligro para la seguridad nacional y sospechoso de ser terrorista internacional; considerándose terrorista internacional a todo aquel que, como miembro de un grupo terrorista internacional, ha participado en la comisión, preparación o instigación de actos de terrorismo internacional, o bien tiene vinculación con una persona perteneciente a dicho grupo. Igualmente, se otorga una serie de competencias a la policía que posibilitan el ocultamiento de la identidad mediante el uso de disfraces, la obtención de huellas dactilares o fotografías de los sospechosos, etc<sup>243</sup>.

La Ley de 2001 supone la derogación del artículo 5 de la Convención Europea de los Derechos Humanos que garantiza el derecho a la libertad y prohíbe la detención sin proceso judicial y que, en base a lo dispuesto en el artículo 15 de la Convención Europea, puede derogarse (el citado artículo 5) en tiempos de guerra o emergencia pública. Medidas como la detención indefinida de los extranjeros sospechosos de terrorismo que no podían ser expulsados del país; la detención por parte del Secretario de Estado de un extranjero por las sospechas de lo que pudiera hacer y no solo por lo que hubiera hecho; el aumento considerable de los poderes policiales para investigar a los ciudadanos, pudiendo acceder a números de teléfono, direcciones de correo electrónico utilizadas por los sospechosos; la prevención y represión de la financiación del terrorismo autorizando a la policía a solicitar información a las entidades de créditos

---

<sup>242</sup> MIRÓ LLINARES, F: “Democracias en crisis...”, op. cit., pág. 205.

<sup>243</sup> PORTILLA CONTRERAS, G: *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista...*, op. cit., pág. 171.

y financieras sobre las diferentes cuentas y transacciones, etc., hicieron que esta ley fuera recurrida y finalmente declarada ilegal por el Tribunal de los Loes el 16 de diciembre de 2004 por su carácter discriminatorio y desproporcionado y por ser incompatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, al permitir la detención de sospechosos de terrorismo de manera discriminatoria en materia de nacionalidad o estatus de inmigración.

Esta circunstancia hizo que el 11 de marzo de 2005 se aprobara la *Prevention on Terrorism Act*, que reformaba la anterior y que, además de impedir la detención de sospechosos sin una previa decisión judicial, introduce las llamadas “órdenes de control” que permiten vigilar a extranjeros e incluso arrestarlos en su domicilio, siempre previa ratificación de la orden por un juez y “en el caso de que haya indicios razonables de que está o ha estado implicado en actos de terrorismo y si lo considera necesario para cumplir los objetivos relativos a la protección del público frente al riesgo del terrorismo”. Igualmente, posibilita la utilización como prueba lícita de las escuchas ilegales<sup>244</sup>.

Los atentados ocurridos el 7 de julio de 2005 en Londres aceleraron los trámites para reformar la *Prevention on Terrorism Act*, lo que llevó a la aprobación de la Ley antiterrorista de 30 de marzo de 2006, cuyo objetivo prioritario era aumentar el control sobre las librerías, centros, redes y páginas web calificadas como extremistas. En este sentido, se crea una nueva figura delictiva, la apología del terrorismo, y se introduce la cadena perpetua como sanción de otros comportamientos delictivos relacionados con actividades terroristas, y que venían siendo sancionados ya por las leyes antiterroristas de 2000, 2001 y 2005, como son las preparación de actos terroristas, la comisión de actos de terrorismo o apoyo a terceros para cometerlos, la elaboración y posesión con finalidad terrorista de materiales radiactivos o reactores nucleares, la amenaza terrorista relativa al empleo de dispositivos o materiales radiactivos o nucleares<sup>245</sup>.

---

<sup>244</sup> PORTILLA CONTRERAS, G: *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista...*, op. cit., pág. 173.

<sup>245</sup> PORTILLA CONTRERAS, G: *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista...*, op. cit., pág. 174.

En el ámbito procesal se procede a la ampliación del plazo de detención sin cargos de 14 a 28 días, cuando la finalidad sea la de obtener o preservar evidencias relevantes para la investigación de este tipo de delitos<sup>246</sup>.

En febrero de 2015 entró en vigor la nueva Ley Antiterrorista y de Seguridad, que estableció nuevas competencias como restricciones a la hora de viajar para las personas presuntamente implicadas en actividades relacionadas con el terrorismo y la expulsión de Reino Unido de ciertos ciudadanos u otras personas con derecho a residir allí que rechazaran las condiciones impuestas por el gobierno a su regreso al país. Además, la Ley impuso a determinadas instituciones, como escuelas y ayuntamientos, una obligación legal, conocida como “deber de prevenir”, por la que debían prestar la “debida consideración a la necesidad de prevenir que las personas se vean empujadas al terrorismo”<sup>247</sup>.

#### 4.3.4. Francia

En Francia, la primera Ley antiterrorista aprobada tras los atentados del 11 de septiembre fue la *Ley 2001/1062, de 15 de noviembre de 2001, sobre seguridad cotidiana*, en cuyo preámbulo se dejaba bien claro el espíritu de la ley al señalar que “*la seguridad es un derecho fundamental...y una condición esencial para el ejercicio de la libertad*”.

Esta Ley incrementa significativamente el poder policial de intervención en la esfera de la libertad personal de los ciudadanos y extiende la competencia estatal en el control de las comunicaciones entre presuntos terroristas.

El Capítulo quinto de la Ley hace referencia a las disposiciones que refuerzan la lucha contra el terrorismo, conforme a las cuales se puede hacer uso de las nuevas tecnologías de información y de comunicación durante un periodo de tiempo que se eleva hasta el 31 de diciembre de 2003. En caso de que existan sospechas de terrorismo

---

<sup>246</sup> ÁLVAREZ CONDE, E/GONZÁLEZ, H: “Legislación antiterrorista comparada después...”, op. cit., pág. 7.

<sup>247</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL: La situación de los Derechos Humanos en el mundo. Informe 2015/2016.

u otros delitos muy graves, se concede la facultad a la autoridad policial para la conservación de los datos que poseen los proveedores de internet mediante la puesta a disposición de la autoridad de los códigos necesarios para descifrar las comunicaciones<sup>248</sup>.

En este sentido, el artículo 29 establece la obligación de los servidores de Internet de proveer información de contacto sobre sus clientes durante doce meses; el artículo 30 contempla la posibilidad de que los servicios de investigación del Estado, sin autorización judicial, puedan requerir a estos servidores a la descriptación de las claves para acceder a la información digital de los ciudadanos; el artículo 56 extiende a la base de datos de información genética de los delitos sexuales y delitos contra la vida, a otras menos graves, como el hurto. Y todo esto sin que sea necesario el conocimiento por parte de la persona afectada de la adopción de estas medidas<sup>249</sup>.

A su vez, tal y como señala el profesor Portilla, esta ley prevé la utilización de medios de telecomunicaciones, de acuerdo con el procedimiento. De esta manera, cuando lo exija la instrucción, el interrogatorio puede realizarse en diversos puntos del territorio de la República por cualquier medio de telecomunicación, garantizando la confidencialidad de la transmisión<sup>250</sup>.

Y en lo que respecta a la detención policial, que obedece a la necesidad de realizar las diligencias preparatorias al margen del control judicial, la Ley permite la detención de sospechosos de haber participado en acciones de terrorismo durante un periodo de veinticuatro horas, prorrogable otras veinticuatro horas mediante decisión escrita del Procurador de la República, con la finalidad de obtener la suficiente información y sin necesidad de que existan previamente indicios de criminalidad<sup>251</sup>.

---

<sup>248</sup> PORTILLA CONTRERAS, G: *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista...*, op. cit., pág. 163.

<sup>249</sup> MIRÓ LLINARES, F: “Democracias en crisis...”, op. cit., pág. 205.

<sup>250</sup> PORTILLA CONTRERAS, G: *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista...*, op. cit., pág. 163.

<sup>251</sup> PORTILLA CONTRERAS, G: *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista...*, op. cit., pág. 163.



Igualmente, la Ley n° 1062, de noviembre de 2001, introduce en el Código Penal, dentro de los actos terroristas, dos nuevas conductas delictivas: el lavado de dinero y el *insider trading*. Además incluye en el Código Penal dos nuevos artículos: el 422.6 que permite a las personas físicas o jurídicas culpables de actos terroristas que se les imponga la pena de confiscación de todo o parte de sus bienes cualquiera que sea la naturaleza de los mismos; y el 422.7, que establece que el producto de las sanciones financieras o patrimoniales contra personas reconocidas como culpables de actos de terrorismo pueda ser destinado a un fondo de garantía de las víctimas de actos de terrorismo<sup>252</sup>.

Si bien esta Ley estaba prevista que fuera aplicable hasta 31 de diciembre de 2003, se prolongaron algunas de sus disposiciones hasta 31 de diciembre de 2005.

Como complemento de esta Ley, en marzo de 2003 se aprobó la Ley de 19 de marzo de 2003 sobre seguridad interior, que contiene una serie de medidas tanto de orden sustantivo penal como procesal penal. Así, en su Capítulo cuarto, relativo a la investigación judicial, se otorga a los agentes de la policía judicial la posibilidad de establecer controles de identidad del conductor de cualquier vehículo que se encuentre circulando o estacionado en la vía pública o en lugares accesibles al público. Este control podrá hacerse con o sin el consentimiento del conductor, pudiendo llegar a inmovilizar el vehículo por un tiempo no superior a treinta minutos. Asimismo, los agentes de la policía judicial podrán acceder, a través de un sistema informático implantado en los lugares donde se desarrolla la investigación, a los documentos que se encuentren en otro sistema informático; también pueden intervenir, por vía telemática o informática, organismos públicos o personas jurídicas de carácter privado. Igualmente, los servicios de policía nacional podrán disponer de ficheros de información automatizados y nominativos sobre cualquier persona que pueda llegar a afectar a la seguridad o la tranquilidad públicas. Esta información podrá alcanzar a menores siempre que existan indicios graves de su participación en hechos delictivos. Tales datos podrán ser transmitidos a otros organismos de cooperación internacional en materia de

---

<sup>252</sup> ÁLVAREZ CONDE, E/GONZÁLEZ, H: “Legislación antiterrorista comparada después...”, op. cit., pág. 7.

policía judicial, o bien a otros servicios de policía extranjeros que presenten garantías equivalentes a las del derecho interno francés<sup>253</sup>.

Por último, se contiene en la Ley la creación de un fichero nacional de huellas genéticas sobre personas condenadas por delitos de terrorismo, entre otros. En dicho fichero se incluirán también aquellas personas sobre las que recaigan indicios graves de la comisión de determinados delitos.

Tras los atentados del 7 de julio de 2005 en Londres, se aprobó una nueva Ley Antiterrorista, la Ley nº 2006-64, de 23 de enero, que, entre otras medidas, recoge la instalación de cámaras de vídeo-vigilancia en la ciudad de París y la provincia; el control de todos los transportes públicos, quioscos, comercios, bancos y lugares de culto; la inspección de los cibercafés que deberán conservar los datos informáticos durante años, así como los servicios de telefonía e Internet; la ampliación del poder de actuación de la policía sin mandato judicial para la investigación de los delitos relacionados con el terrorismo; y el endurecimiento de las penas contra los dirigentes de bandas terroristas y sus integrantes. También incluye la posibilidad de vigilancia de aquellas personas que realicen viajes a países catalogados como de “alto riesgo”, la expulsión de predicadores islamistas y la pérdida de la nacionalidad francesa en determinados supuestos para aquellas personas nacidas fuera del territorio nacional<sup>254</sup>.

En lo relativo a la intervención de las comunicaciones, la Ley de 2006 otorga a los agentes policiales la facultad de exigir la entrega de los datos conservados y tratados por las compañías de teléfono, proveedores de Internet, etc, aunque es cierto que todas las solicitudes de control de las comunicaciones deben de estar motivadas y sometidas a la decisión de una persona cualificada nombrada por el Ministro del Interior. En relación con datos personales, se autoriza al Ministerio del Interior al tratamiento de los datos obtenidos de embarque y desembarque de pasajeros en transporte aéreos, y a la

---

<sup>253</sup> PORTILLA CONTRERAS, G: *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista...*, op. cit., pág. 164.

<sup>254</sup> PORTILLA CONTRERAS, G: *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista...*, op. cit., pág. 165.

utilización de dispositivos fijos y móviles de control automatizados de datos de los vehículos, fotografías de los ocupantes, etc<sup>255</sup>.

En materia procesal, se modifica el Código en materia de detención, pudiéndose decidir la detención de una persona cuando existe un riesgo serio e inminente de una acción terrorista en Francia y pudiendo prolongarse ésta otras 24 horas más. Asimismo, en el caso de que exista un grave riesgo de atentado terrorista inminente, “el legislador concedió al juez la facultad de decretar hasta dos prórrogas más de veinticuatro horas”<sup>256</sup>, ampliándose la duración máxima de la prisión preventiva de cuatro a seis días. Asimismo, en lo referente a los registros domiciliarios, “la única especialidad que reviste el régimen de los registros domiciliarios en el ámbito de la lucha antiterrorista es que el juez puede autorizar registros nocturnos (de 21:00 a 06:00 h.) como parte de las investigaciones en las que existan indicios de delito flagrante o en el curso de una instrucción”<sup>257</sup>.

Por último, debemos hacer referencia a los atentados perpetrados en Francia en enero y noviembre de 2015, que ocasionaron 17 y 130 muertos respectivamente, que han obligado al Gobierno francés a la adopción de algunas medidas especiales para hacer frente a la situación de amenaza que actualmente vive el país.

Tras los ataques, el gobierno emitió varios decretos dirigidos a poner en práctica algunas disposiciones de la ley antiterrorista de 2014. Concretamente el 14 de enero, el gobierno emitió un decreto que prohibía viajar al extranjero con el fin de cometer actos de terrorismo, de acuerdo con su definición en la legislación francesa. Según el Ministerio del Interior, entre enero y noviembre de ese año, 222 personas se vieron afectadas por esta prohibición. El 5 de febrero, las autoridades dictaron un decreto que regulaba el bloqueo administrativo de sitios web, incluidos los que se considerase que

---

<sup>255</sup> PORTILLA CONTRERAS, G: *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista...*, op. cit., pág. 166.

<sup>256</sup> BARRERO ORTEGA, A: “El control de constitucionalidad de la más reciente legislación antiterrorista francés”, en PÉREZ ROYO, J (dir.)/CARRASCO DURÁN, M (coord.): *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*. Marcial Pons. Madrid, 2010, pág. 183.

<sup>257</sup> BARRERO ORTEGA, A: “El control de constitucionalidad de...”, op. cit., pág. 184.

incitaban a cometer actos terroristas o los justificaban. Según el Ministerio del Interior, entre enero y noviembre de ese año, se bloquearon 87 sitios web<sup>258</sup>.

Igualmente, el 20 de noviembre de 2015, el Parlamento aprobó un proyecto de ley que prorrogaba el estado de excepción hasta el 26 de febrero de 2016, modificaba la ley de 1955 sobre el estado de excepción e introducía una serie de medidas que se desviaban del régimen penal ordinario, como realizar registros domiciliarios sin orden judicial, imponer la localización permanente y disolver asociaciones o grupos vagamente definidos como participantes en actos que perturbaran el orden público. Con arreglo a la nueva ley, no era necesaria autorización judicial previa para aplicar estas medidas. En diciembre, el gobierno presentó un proyecto de ley dirigido a incluir una disposición sobre el estado de excepción en la Constitución.

Asimismo, en abril de 2015 se comenzó a debatir sobre un nuevo Proyecto de Ley sobre los servicios de información, que fue finalmente aprobado en febrero de 2016. Entre otras medidas, se establecen más medios a los servicios secretos franceses para la interceptación de comunicaciones de sospechosos, acceder a redes y bases de datos y obligar a las operadoras a facilitar los contenidos. El proyecto prevé legalizar algunas prácticas habituales que los servicios secretos realizan hoy al margen o en el límite de las normas o solo bajo mandamiento judicial. Con la nueva ley podrán colocar micrófonos donde lo crean necesario, entrar en domicilios en situaciones excepcionales, acceder en tiempo real a ordenadores de sospechosos o colocar balizas de seguimiento en sus automóviles. También autorizará por ley el uso del sistema *Imsi Catcher* que, situado en un lugar determinado, puede registrar todos los datos de teléfonos u ordenadores de sospechosos y de quienes se encuentren en las proximidades. La novedad es que las autorizaciones para estas acciones ya no necesitarán orden judicial, pues el permiso lo dará el primer ministro tras escuchar la opinión de una Comisión Nacional de Control de Técnicas de Información integrada por cuatro parlamentarios, dos miembros del Consejo de Estado, dos magistrados y un experto en telecomunicaciones.

---

<sup>258</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL: La situación de los Derechos Humanos en el mundo. Informe 2015/2016.

Los agentes podrán actuar sin autorización previa en caso de “urgencia excepcional” ante una amenaza inminente (según datos de la inteligencia francesa, a finales de 2015 mil quinientos cincuenta yihadistas franceses se habrían desplazado a Siria e Irak). Según el primer ministro francés, Mr. Valls, “son medidas excepcionales, pero no de excepción”<sup>259</sup>, justificadas por las nuevas amenazas terroristas.

Igualmente, entre las medidas contenidas en el proyecto, se encontraba la retirada de la nacionalidad francesa para los condenados por delitos de terrorismo. Hasta ahora dicha medida se contemplaba solo para aquellas personas nacidas fuera del territorio, pero con la nueva regulación los nacidos en Francia podrían verse también afectados. Ante la polémica suscitada por esta cuestión, el presidente francés, Sr. Hollande, optó por retirar finalmente esta medida<sup>260</sup>.

#### 4.3.5. EEUU

Tras los atentados del 11 de septiembre, la primera medida contra el terrorismo del Gobierno americano fue la Orden Ejecutiva de 24 de septiembre de 2001, sobre financiación terrorista (*Executive Order in Terrorist Financing Blocking Property and Prohibiting Transactions with Persons who Commit, Threaten to Commit or Support Terrorism*), a través de la cual se procede al bloqueo de bienes de determinados individuos y organizaciones terroristas vinculadas a Al Qaeda<sup>261</sup>.

No obstante, sería la Ley antiterrorista, la *USA Patriot Act*, de 26 de octubre de 2001, la que modificaría radicalmente la legislación norteamericana en esta materia. En opinión de algunos autores “la Ley consagra un poder absoluto del Estado, más específicamente, del Presidente en su lucha contra la inmigración y la disidencia política, sin respetar las garantías penales y procesales” convirtiéndose en “el mejor

---

<sup>259</sup> VALLS, M: Intervención ante el Pleno de la Asamblea Nacional. Recogida en: YÁRNOZ, C: “La inteligencia francesa podrá acceder a datos privados sin control judicial”. El País. 13/4/2015.

<sup>260</sup> AGENCIAS: “Hollande renuncia a la reforma de la Constitución para combatir el terrorismo”, en La Vanguardia. 30/3/2016.

<sup>261</sup> PORTILLA CONTRERAS, G: *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista...*, op. cit., pág. 185.

patrón de un derecho para enemigos”<sup>262</sup>. Esta ley, “contiene un gran número de medidas encaminadas a fortalecer los poderes de la administración en la búsqueda de información, ya sea en el marco de las actividades de inteligencia, ya sea en el de la investigación y persecución de los delitos”<sup>263</sup>. Ciertamente es que la Ley, entre otras medidas, concede al FBI un amplio poder de acceso a expedientes personales (educativos, médicos, financieros) sin control judicial alguno; incrementa la competencia del gobierno sobre las “investigaciones secretas”; otorga a las Fuerzas de seguridad el control, sin orden judicial, de todos los teléfonos o cuentas de Internet vinculadas a un supuesto terrorista, incluidos los correos electrónicos del sospechoso; y se permite a la policía la detención de extranjeros residentes sin necesidad de formular cargos contra ellos durante siete días. Igualmente, se contempla una agravación general tanto para los delitos de terrorismo, como para los delitos comunes cuando sean realizados por terroristas.

Tal y como explica la profesora Gómez Corona: “La *USA Patriot Act*: actúa principalmente en cuatro frentes: amplía los poderes del Ejecutivo para rastrear e interceptar comunicaciones, tanto en el ámbito del Derecho procesal penal como en el de los servicios de inteligencia; refuerza las normas contra el blanqueo de dinero, con el fin de impedir la financiación de los grupos terroristas, endurece las leyes de inmigración, cerrando aún más las fronteras y crea nuevos delitos federales e incrementa las penas para muchos de ellos”.

Es importante señalar que, para la *Patriot Act*, es terrorista aquella persona que, individualmente o como miembro de una organización, ha cometido o incitado a cometer, en determinadas circunstancias, un homicidio o lesiones graves<sup>264</sup>. También se considera terrorista a quien ha preparado el plan terrorista proporcionando la información o solicitando fondos para la actividad terrorista, o bien pudo conocer que la solicitud se dirigía a esa actividad. Asimismo, se incluye en ese concepto a quien ha

---

<sup>262</sup> PORTILLA CONTRERAS, G: *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista...*, op. cit., págs. 178-179.

<sup>263</sup> GÓMEZ CORONA, E: “Estados Unidos: política antiterrorista, derechos fundamentales y división de poderes”, en PÉREZ ROYO, J (dir.)/CARRASCO DURÁN, M (coord.): *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*. Marcial Pons. Madrid, 2010, pág. 59.

<sup>264</sup> PORTILLA CONTRERAS, G: *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista...*, op. cit., pág. 180.

proporcionado, para la comisión de tales actividades, casa, transporte, comunicaciones, fondos, transferencias de fondos u otro material, documentación falsa, explosivos, etc. Se atribuye al Secretario de Estado la función de inscribir en el Registro Federal a las organizaciones terroristas integradas siempre por dos o más individuos que realizan las actividades descritas; también designará las organizaciones terroristas internacionales, así como señalará los grupos políticos, sociales o similares que realicen actividades terroristas contra EEUU. En este concepto de terrorismo se incluye tanto al terrorismo “doméstico” como a organizaciones terroristas internacionales, y sus integrantes, que así sean catalogadas por el gobierno norteamericano.

En relación con los sospechosos de terrorismo, es “lícita” la detención de un extranjero durante siete días, sin necesidad de presentar cargos contra él, siempre que exista una mínima sospecha de su vinculación terrorista.

La Ley Patriótica de 26 de octubre de 2001 se aprobó como una ley temporal cuya vigencia estaba prevista hasta diciembre de 2005. A partir de esa fecha, se debía decidir si ratificarla, modificarla o derogarla. Mientras se tomaba esa decisión, se procedió a prorrogarla por seis meses más, para más tarde prorrogarla hasta el 10 de marzo de 2006. Unos días antes de la expiración de dicho plazo, se procedió a la aprobación de la nueva Ley Patriótica de marzo de 2006 (*USA Patriot Improvement and Reauthorization Act –S 2271-*), por la que 14 capítulos de la Ley de 2001 pasaban a convertirse en permanentes y dos de ellos, relacionados con el control de correos electrónicos, la revisión de páginas web, la intervención de conversaciones telefónicas o el control del FBI de sospechosos de terrorismo o de personas sobre las que no recaen indicios de criminalidad mediante al acceso a datos públicos o privados, quedaban prorrogados por un periodo de cuatro años más<sup>265</sup>.

Posteriormente, en el mes de noviembre, fueron aprobadas dos nuevas órdenes. La primera, de 9 de noviembre, por la cual se preparaba a los ciudadanos en la guerra al terrorismo (*Citizen Preparedness in War on Terrorism Executive Order*). Y la segunda (*Detention, Treatment, and Trial os Certain Non-Citizens in the War against*

---

<sup>265</sup> PORTILLA CONTRERAS, G: *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista...*, op. cit., pág. 195.

*Terrorism*), de 13 de noviembre, por la que el Presidente de los EEUU procedía a la instauración de los Tribunales Militares secretos de excepción que juzgarían a ciudadanos extranjeros sospechosos de participar en actividades terroristas o de poner en peligro la seguridad nacional.

En ellas se autorizaba al Secretario de Defensa a detener a cualquier persona que el propio presidente considerara que estaba relacionado con actos de terrorismo internacional (incluyendo en actos preparatorios de conspiración, preparación, ayuda, refugio, etc.), y se concedía al Presidente la facultad de decidir sobre el uso de determinados métodos coercitivos durante los interrogatorios.

Debemos destacar que la *Militar Order* de 13 de noviembre de 2001, posibilita que los presos de Guantánamo<sup>266</sup> sean juzgados por Comisiones militares, con un procedimiento que no respeta las garantías establecidas constitucionalmente en los Estados Unidos para todos los procesos penales. También se refiere a la colaboración con el terrorismo en casos de acciones neutrales o sin relevancia penal directa, transporte, ayuda, etc., o que todo lo más solo pueden incluirse en la anómala figura típica del Derecho angloamericano de la “conspiracy”, no recogida expresamente en el Derecho internacional de la Guerra.

La creación de estos Tribunales Militares secretos sería, según nuestra teoría, el paradigma del Derecho penal del enemigo, y rotundamente criticable por no respetar ninguno de los controles de necesidad, idoneidad y legitimidad que hemos establecido para que una medida específica para hacer frente a la amenaza terrorista sea adecuada. Ante estos Tribunales, los detenidos no son tratados como ciudadanos, ni siquiera como prisioneros de guerra, sino como “combatientes ilegales” no sometidos a las normas ni a los tribunales ordinarios de los EEUU, pero tampoco a los Convenios de Ginebra que rigen en materia de prisioneros de guerra, según la unilateral decisión de EEUU. Aquí se identifica totalmente al enemigo con el no ciudadano, dado que en la propia *Military Order* se limita su aplicación a “*any individual who is not a United States Citizen*”. Se trata, pues, de una exclusión del carácter ciudadano realizada unilateralmente y

---

<sup>266</sup> Según los últimos datos, hechos públicos en diciembre de 2016, actualmente permanecerían en Guantánamo 59 presos de los aproximadamente 779 que habrían pasado desde su creación en 2002. De esos 59, 22 tendrían el visto bueno para ser trasladados a terceros países y 37 estarían a la espera de juicio o serían considerados como extremadamente peligrosos.



discriminatoriamente por el Estado, no sobre la base del carácter peligroso sino simplemente por el origen no nacional del mismo, que le haría ser sospechoso de peligros por sí. Entre las violaciones de garantías procesales, recogidas en la *Military Order*, podemos destacar:

- Se permite el enjuiciamiento sin que el acusado esté presente en su propio juicio.
- Se prevé que se le pueda negar al acusado el acceso a determinadas pruebas, por razones de seguridad.
- Se admiten pruebas acusatorias que puedan tener un origen ilícito, o testimonios indirectos de referencia<sup>267</sup>.

También cabe destacar otras disposiciones legales y medidas como el Reglamento de 31 de octubre de 2001 (*National Security: Prevention or Acts of Violence and Terrorism*) que establece, entre otras disposiciones, la posibilidad de acceso por parte de la Fiscalía General y no del Juez, como determina el sistema penal americano para supuestos muy tasados, a las comunicaciones entre el imputado y el abogado. Y la implantación del sistema *US-Visit*, a partir del 30 de septiembre de 2004, para la verificación de la identidad de todo aquel que acceda a EEUU<sup>268</sup>.

Por último, es importante destacar la *Protect America Act*, aprobada el 5 de agosto de 2007, y que vienen a modificar las normas que regulaban la inteligencia americana, “proporcionando a los servicios de inteligencia nuevas herramientas para obtener información sobre actividades terroristas”<sup>269</sup>. Según la profesora Gómez Corona, el origen de esta norma podría estar en el escándalo desatado en relación con un programa de vigilancia de las comunicaciones llevado a cabo por la Agencia de Seguridad Nacional, sin ningún tipo de intervención judicial. En este sentido, la norma “sustituye la necesidad de autorización para interceptar comunicaciones por un sistema

---

<sup>267</sup> PORTILLA CONTRERAS, G: *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista...*, op. cit., pág. 188.

<sup>268</sup> PORTILLA CONTRERAS, G: *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista...*, op. cit., pág. 197.

<sup>269</sup> GOMEZ CORONA. E: “Estados Unidos: política antiterrorista...”, op. cit., pág. 67.

de controles internos y una notificación posterior, en el plazo de setenta y dos horas, al tribunal correspondiente, siempre y cuando la vigilancia se dirija a una persona determinada que razonablemente se crea que se encuentra fuera de los Estados Unidos”<sup>270</sup>.

#### 4.4. Conclusiones

Tras el análisis de los ordenamiento jurídicos específicos en materia de terrorismo, tanto de los países de nuestro entorno como de Estados Unidos, podemos extraer una serie de conclusiones.

La adopción de medidas específicas para hacer frente al terrorismo, por parte de los Estados, ha hecho que hayan sido muchas las críticas por considerar dichas medidas como propias del Derecho de enemigos. No obstante, el hecho de que alguna de las medidas previstas sea propia de lo que se conoce como Derecho del enemigo por sus excesos no invalida el resto de la legislación antiterrorista. Asimismo, no todo lo que es considerado como Derecho del enemigo supone realmente un ataque a los derechos fundamentales o garantías procesales, tratándose simplemente de una limitación de los mismos pero que no supone su eliminación.

Los atentados del 11 de septiembre de 2001 supusieron un antes y un después en la respuesta específica de los estados frente a la criminalidad terrorista. Hasta ese momento “el terrorismo había sido un fenómeno que se había producido en el interior de una sociedad estatal... El terrorismo era un fenómeno interno, que entraba en cierta medida a formar parte, de una manera perversa y diabólica, del propio sistema político. El grupo terrorista tenía un programa político e intentaba imponérselo a la sociedad mediante la violencia”<sup>271</sup>.

---

<sup>270</sup> GOMEZ CORONA. E: “Estados Unidos: política antiterrorista...”, op. cit., pág. 67.

<sup>271</sup> PÉREZ ROYO, J: “La democracia frente al terrorismo global”, en PÉREZ ROYO, J (dir.)/CARRASCO DURÁN, M (coord.): *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*. Marcial Pons. Madrid, 2010, pág. 10.

Mientras que “a partir del 11 de septiembre el terrorismo tiene una nueva forma de manifestación. Siguen existiendo formas de terrorismo tradicionales, de carácter estatal, como ocurre en España con el terrorismo de ETA, pero ha nacido un nuevo tipo de terrorismo, que podemos calificar de global, desvinculado de un Estado concreto, no protagonizado por grupos constituidos por ciudadanos del mismo país, carentes de cualquier programa dirigido a la sociedad a la que pretenden aterrorizar y cuyos actos de terror no tienen la finalidad de conseguir un objetivo concreto”<sup>272</sup>.

Si bien es cierto que esta evolución del fenómeno terrorista ha influido en la respuesta que por parte de los Estados se ha ido dando, lo que no ha variado es la asunción, por parte de los gobiernos, de garantizar la seguridad de sus ciudadanos frente a la amenaza terrorista que “por su intencionalidad política, pone en cuestión la propia capacidad del Estado para asegurar la seguridad en la convivencia tal como en cada país se considera que dicha convivencia tiene que estar organizada”<sup>273</sup>.

Se observa como los Estados van ofreciendo una respuesta reactiva a medida que los efectos del terrorismo se han ido intensificando en sus países, sin ofrecer en un primer momento una respuesta de carácter preventivo. De esta manera, se puede comprobar como las primeras medidas analizadas no se corresponden con las legislaciones específicas para combatir el terrorismo, pero a medida que el terrorismo tradicional se va intensificando en cada país se van adoptando estas medidas. Así, Reino Unido, dado el problema que tenía en Irlanda del Norte, fue el primer país en adoptar estas legislación específica pero de aplicación limitada a la zona del Ulster (en 1922) y hasta 1973 no se amplió a toda Gran Bretaña tras una escala de violencia. Lo mismo podemos decir en relación con Alemania e Italia ya que hasta que no comenzaron a sufrir de manera sistemática la violencia de las *Baader Mainhof* en 1975, en el caso de Alemania, o se produjo la tragedia de Aldo Moro en 1978, en el caso italiano, no adoptaron las correspondientes legislación específicas en materia de terrorismo. En el caso francés, la primera ley específica en materia de terrorismo no vio la luz hasta 1986. Mientras que en EEUU, no fue hasta 1991 -con la perpetración de los primeros

---

<sup>272</sup> PÉREZ ROYO, J: “La democracia frente...”, op. cit., pág. 10.

<sup>273</sup> PÉREZ ROYO, J: “La democracia frente...”, op. cit., pág. 9.

atentados de corte yihadista- que no empezaron a considerar el terrorismo como un problema específico contra su seguridad.

Esta primera etapa, pre-11S, se caracteriza por: una ampliación de las facultades de la policía a la hora de investigar este tipo de delitos, ampliación de los periodos de detención policial, la aplicación de la prisión provisional como medida automática -en el caso de Italia- o, al menos, rebajando sus requisitos en relación con el régimen general -como en el caso de Alemania y Gran Bretaña- para los detenidos por delitos de terrorismo y la posibilidad de entradas y registros en domicilios e intervenciones de comunicaciones en casos de emergencia con la simple autorización de la autoridad policial o en algunas cosas del Ministerio Fiscal (Alemania).

En este sentido, un elemento a común a todos los ordenamientos es la regulación legal de la posibilidad de limitar ciertos derechos fundamentales en el caso de investigaciones por delitos de terrorismo. Sin embargo, esta regulación solo se contiene a nivel constitucional en el caso alemán y en el caso español, mientras que en el resto de ordenamientos se realiza mediante la legislación ordinaria.

Como medidas de esta primera etapa, que pueden ser consideradas excesivas por entender que van más allá de una mera limitación de los derechos fundamentales y las garantías procesales, destacan: la limitación del derecho de defensa en el ordenamiento jurídico alemán llegando incluso a poder apartar a los abogados de confianza en la defensa de un detenido por delitos de terrorismo, la posibilidad de poder extender el registro a un edificio entero si se sospecha la presencia de un presunto terrorista en su interior -como estaba previsto en el caso italiano y alemán-, y la medida del *internament*, prevista en el ordenamiento jurídico británico hasta 1975, que posibilitaba la detención indeterminada de sospechosos por delitos de terrorismo (aunque posteriormente se limitó a 28 días, seguía siendo excesiva).

Este tipo de medidas, más allá de no ser eficaces, son en la mayoría de los casos contraproducentes, ya que generan tal rechazo en la sociedad que acaba provocando un sentimiento de simpatía hacia aquellos a los que se les aplica. Convirtiendo finalmente a los presuntos terroristas en víctimas.

Esta tendencia de limitación de derechos fundamentales y garantías procesales se acentúan tras los atentados del 11-S. El incremento de la sensación de inseguridad en las sociedades hace que por parte de los Estados se adopten medidas más restrictivas para contrarrestarlo de alguna manera.

Esta nueva forma de terrorismo, obliga a que los Estados adapten sus ordenamientos jurídicos ampliando el catálogo de conductas consideradas como terroristas (ampliando los supuestos considerados como colaboración con organización terrorista e incluyendo toda una serie de comportamientos tipificados como de financiación del terrorismo).

Como características comunes a todos los ordenamientos jurídicos encontramos: la ampliación de facultades policiales, la regulación con mayor detalle de la posibilidad de la intervención de las comunicaciones, ampliando los poderes de los cuerpos policiales y de inteligencia, y estableciendo la obligación, por parte de las empresas de comunicación, de colaborar poniendo a su disposición toda la información disponible.

Asimismo, se comprueba la tendencia a la modificación de las legislaciones específicas de extranjería regulando la posibilidad de expulsión inmediata del país de aquellos sospechosos por delitos de terrorismo que sean extranjeros.

Entre las medidas excesivas que se acuerdan en este periodo destacaríamos: la posibilidad de ampliar la detención hasta 28 días sin formulación de acusación determinada que prevé el ordenamiento británico, la última medida anunciada por el gobierno alemán de encarcelar a “radicales islámicos durmientes” aunque no hayan cometido ningún delito y la creación de los tribunales militares secretos por parte del gobierno americano. En este último sentido, destacar la figura de “Guantánamo” como el paradigma del Derecho del enemigo totalmente rechazable no solo por privar de los derechos fundamentales más elementales, sino incluso por violarlos.

Teniendo en cuenta estas medidas que hemos considerado como excesivas, y que por ello serían propias del Derecho del enemigo más rechazable, podemos afirmar la posición privilegiada que en lo que a respeto de derechos fundamentales ocuparía España. Como analizábamos en el Capítulo anterior, es cierto que el ordenamiento

jurídico específico en materia de terrorismo de nuestro país no solo ha evolucionando hacia un mayor respeto de los derechos fundamentales, sino que en comparación con el de los países de nuestro entorno podría ser considerado de los más garantistas.

### **TERCERA PARTE: LA SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS POR TERRORISMO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

## **CAPÍTULO 5 - LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS POR TERRORISMO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

### **5.1. Amparo constitucional a la suspensión individual de derechos**

En el caso español, en lo que a legislación antiterrorista se refiere, partimos de un amparo constitucional a la suspensión individual de derechos a presuntos terroristas de acuerdo con el art. 55.2<sup>274</sup> de la Constitución española. En este artículo se señala que la suspensión de derechos puede hacerse de “*forma individual*”, “*para personas determinadas*” y “*en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terrorismo*”. Para ello, será necesario delimitar, con la mayor precisión posible, el ámbito personal que puede alcanzar la citada suspensión de derechos fundamentales, para así evitar su uso abusivo.

Desde su aprobación, han sido muchas las críticas a este artículo provenientes de diferentes sectores de la doctrina. No obstante, frente a los que tildan esta suspensión como algo propio de los regímenes totalitarios y como el paradigma del Derecho del enemigo, ha sido avalada en diferentes pronunciamientos por el Tribunal Constitucional<sup>275</sup>.

---

<sup>274</sup> **Artículo 55.2 CE:** *Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.*

*La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.*

<sup>275</sup> Principalmente en STC 199/1987, de 16 de diciembre, que resuelve recursos de inconstitucionalidad presentados por el Parlamento Vasco y Parlamento de Cataluña contra LO 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y desarrollo del art. 55.2 CE.

Asimismo, entre la doctrina, también encontramos posturas a favor de esta posibilidad de suspensión individual de derechos. Entre los principales argumentos a favor destacan, en primer lugar, la idea de que “el Estado democrático debe disponer de medios jurídicos adecuados para luchar contra la actuación reiterada de la barbarie terrorista que pretende destruirlo o, al menos, obligarlo a realizar determinadas concesiones bajo la coacción violenta”<sup>276</sup>; y, en segundo lugar, la necesidad de limitar los perjuicios, derivados de esa limitación de derechos, al conjunto de la ciudadanía que está al margen de esas actuaciones criminales. En este sentido, y en palabras del constitucionalista Fernández Segado: “El deseo del legislador constituyente de limitar las restricciones en el ejercicio de ciertos derechos a quienes con sus acciones ponen en peligro la doble naturaleza de los derechos fundamentales -recogida por el artículo 10.1 de la Constitución-, evitando la generalización de tales restricciones, la cual, como es obvio, acarrea sensibles perjuicios a la colectividad ciudadana que está al margen de aquellas acciones, justifica la institución de la suspensión individual”<sup>277</sup>.

De ahí que podamos afirmar que la existencia del art. 55.2 en nuestra Carta Magna encuentre su justificación en una cuestión de necesidad. Necesidad de dotarnos de los instrumentos jurídicos adecuados para hacer frente al fenómeno del terrorismo; y necesidad de que se regule la posibilidad de suspensión individual de derechos, frente a otras suspensiones de carácter general -como la declaración del Estado de excepción o sitio previstos en el art. 55.1 CE-, para limitar los perjuicios generados por esta suspensión a personas relacionadas con bandas armadas o elementos terroristas. De esta manera, estaremos protegiendo a los ciudadanos no solo como potenciales víctimas de la criminalidad terrorista, sino también frente a los perjuicios derivados de una suspensión generalizada de derechos.

En esta línea se pronunciaba el Tribunal Constitucional en su Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre, Fundamento Jurídico nº 4, al afirmar que: “*la emergencia o, cuanto menos, la situación que legitima al legislador para crear el marco normativo que permite este tipo de suspensión es precisamente la que deriva de*

---

<sup>276</sup> VÍRGALA FORURIA, E: “La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 40. Enero-Abril, 1994. Págs. 61-132.

<sup>277</sup> FERNANDEZ SEGADO, F: “La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Núm. 35. Septiembre-Octubre 1983. Págs. 123-182.



*las actividades delictivas cometidas por «bandas armadas o elementos terroristas» que crean un peligro efectivo para la vida y la integridad de las personas y para la subsistencia del orden democrático constitucional”.*

Las medidas que analizaremos en el presente trabajo encuentran su justificación en la existencia de una amenaza para la pervivencia del Estado, lo que hace que resulte lógico que, en la relación jurídico-pública entre Estado y ciudadano, puedan verse restringidos o disminuidos algunos derechos individuales o garantías fundamentales. No obstante, dicha finalidad tiene unos límites, o dicho de otra manera, no todo vale en aras de la defensa del orden democrático. De ahí que sea necesario establecer los requisitos que deben darse para que se pueda considerar esa suspensión de derechos como legítima.

Atendiendo a los parámetros establecidos en el primer capítulo, esto es, el análisis de cada una de las medidas desde el punto de vista de su necesidad para la consecución de los fines que se perseguían, de su idoneidad para hacer frente a una situación especial como es la amenaza terrorista, y su legitimidad en base al respeto al contenido esencial de los derechos suspendidos, podemos afirmar, con carácter general, que la suspensión del art. 55.2 cumple con los tres requisitos.

Desde el punto de vista de la necesidad, ya hemos afirmado la importancia de este artículo para hacer frente al fenómeno del terrorismo y para proteger a la colectividad de la amenaza terrorista, por un lado; y, por otro, para protegerla de los inconvenientes de suspensiones generalizadas de derechos.

Desde el punto de vista de la idoneidad de la suspensión individual, la evolución de nuestra legislación antiterrorista -analizada en el capítulo segundo- ha puesto en evidencia la necesidad de su regulación constitucional para evitar excesos por parte de los poderes del Estado, para dotarla de una protección especial y para el reconocimiento de la amenaza terrorista; no como algo coyuntural, sino como un elemento estructural de nuestro sistema democrático y como una criminalidad específica con una finalidad específica y con unas connotaciones específicas.

Por último, desde el punto de vista de su legitimidad derivada del respeto al contenido esencial de los derechos susceptibles de suspensión, es importante destacar

que la contemplada en el art. 55.2, tal y como señala la profesora Lamarca, “*opera principalmente en el ámbito de las garantías*”<sup>278</sup>; esto significa que no las elimina, sino que las limita para el caso de personas vinculadas con bandas armadas o elementos terroristas. Como veremos al analizar cada uno de los derechos suspendidos, el contenido esencial permanece intacto y lo único que se vería limitado sería alguna de las garantías derivadas de aquellos. Principalmente, nos estaríamos refiriendo a la garantía temporal, en el caso de la prolongación del plazo de detención policial, y a la garantía a la tutela judicial efectiva, que asegura el pleno disfrute de una serie de derechos que, en el caso de la legislación antiterrorista, se verán limitados.

Por todo ello, y al margen de que en los próximos capítulos procederemos al análisis pormenorizado de cada uno de los derechos suspendidos y de las medidas limitadoras de estos derechos previstas en nuestro ordenamiento jurídico, podemos sostener la legitimidad del art. 55.2 CE y la posibilidad de suspender individualmente algunos derechos fundamentales. Asimismo, y tal como ha manifestado el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones, la defensa de los derechos fundamentales, junto con su capacidad de ser limitados frente a posibles ataques, supone, por un lado, la defensa del orden político y la paz social, y por otro, la defensa de la propia vigencia de los derechos limitados.

Así, en su Sentencia nº 25/1981, de 14 de julio de 1981, que resuelve recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento Vasco contra Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el art. 55.2 de la Constitución, el Tribunal Constitucional afirmaba que: “*esta limitación o suspensión de derechos fundamentales en una democracia, sólo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales cuando determinadas acciones, por una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto derechos subjetivos para la mayoría de los ciudadanos, y, por otra, ponen en peligro el ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático*”.

Igualmente, en su Sentencia nº 159/1986, de 16 de diciembre de 1986, el TC consideraba que: “*antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus*

---

<sup>278</sup> LAMARCA PEREZ, C: *Tratamiento jurídico del terrorismo...*, op. cit., pág. 390.

*limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como «fundamento del orden político y de la paz social». Así este Tribunal pudo declarar en su STC 25/1981, de 14 de julio, que los derechos fundamentales resultan ser «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional», reiterando posteriormente el destacado interés público que se halla en la base de la tutela de los derechos fundamentales.*

*Se produce, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”.*

Y por último, en su Sentencia nº 199/1987, de 16 de diciembre, en su Fundamento Jurídico segundo, sostiene la necesidad de estas limitaciones para facilitar las investigaciones contra elementos terroristas y el sostenimiento del Estado democrático de Derecho: *“El propio constituyente ha sido consciente de la existencia, como problema actual, del terrorismo y del peligro que el mismo implica para la vida y la integridad de las personas y para el propio orden democrático. Por ello ha introducido en el art. 55.2 una habilitación al legislador, para establecer un régimen específico de suspensión de determinados derechos fundamentales con la finalidad de facilitar las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, posibilidad de suspensión de derechos que la Constitución ha estimado como necesaria para el propio sostenimiento del Estado democrático de Derecho, y que refleja, además, experiencias realizadas en los países europeos afectados también por fenómenos terroristas”.* De esta manera, se reconoce el carácter preventivo, y no represivo, de esta capacidad de la autoridad gubernativa para suspender derechos. En palabras de la profesora Lamarca: *“La suspensión diseñada por la Constitución española tiene, en cambio, un carácter preventivo o de investigación y no represivo, es acordada por la autoridad gubernativa y, como es lógico, no requiere que*

*se haya producido un delito o un abuso en el ejercicio de los derechos; basta la sospecha*”<sup>279</sup>.

En definitiva, son dos los principales argumentos que se manejan para sostener la necesidad, la idoneidad y la legitimidad de este artículo 55.2 CE y de la posibilidad de proceder a la suspensión individual de derechos. En primer lugar, según defiende el profesor Vírjala Foruria, *“el art. 55.2 CE permite la suspensión de algunos derechos para aquellos ciudadanos que organizadamente están, precisamente, privando de sus derechos constitucionales y, en numerosas ocasiones, del derecho fundamental a la vida, al resto de los demás ciudadanos”*<sup>280</sup>. Y en segundo lugar, en palabras del profesor Mestre Delgado, *“en la lucha antiterrorista debe utilizarse, respetando escrupulosamente las disposiciones constitucionales, pero sin renunciar a nada más, es decir, sin mala conciencia democrática, todos los instrumentos que el constituyente de 1978 permitió para terminar con la lacra social del terrorismo”*<sup>281</sup>.

## 5.2. Requisitos formales para la suspensión de derechos

Tal y como reconoce el propio Tribunal Constitucional: *“La finalidad de la legislación antiterrorista debe asegurar la eficacia de la lucha contra el fenómeno del terrorista causando el menos trastorno posible al libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos y al funcionamiento del Estado democrático, cuya esencia no puede verse alterada ni siquiera por dicha finalidad”*<sup>282</sup>. De ahí que sea necesaria la fijación de una serie de requisitos para estimar la legitimidad de la suspensión de derechos y evitar posibles abusos por parte de la autoridad gubernativa en su aplicación.

---

<sup>279</sup> LAMARCA PEREZ, C: *Tratamiento jurídico del terrorismo...*, op. cit., pág. 361.

<sup>280</sup> VÍRGALA FORURIA, E: “La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 40. Enero-Abril, 1994. Págs. 63.

<sup>281</sup> MESTRE DELGADO, E: *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1987. Pág. 19 y ss.

<sup>282</sup> STC 159/1986, de 16 de diciembre, Fundamento Jurídico nº 7.

En lo que respecta a los requisitos formales para la suspensión de derechos, el artículo 55.2 CE establece dos: el primero, referente a la obligatoriedad de que la suspensión de derechos sea realizada por medio de Ley Orgánica; y el segundo, relativo al necesario control parlamentario de esta potestad gubernativa.

#### 5.2.1. Suspensión de derechos por medio de Ley Orgánica

Este primer requisito supone una garantía al implicar necesariamente una serie de límites a la acción normativa de los poderes públicos. De esta manera, además de su mención explícita en el artículo 55.2 CE, el Tribunal Constitucional ha recalcado en diversas ocasiones la necesidad de que todo lo relacionado con el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales ha de regularse por medio de Ley Orgánica. De ahí que, al igual que las normas penales, por cuanto llevan aparejadas sanciones de privación de libertad, la disposición normativa encargada del desarrollo de la suspensión de derechos, incluido el derecho a la libertad del art. 55.2 CE, deba de tener necesariamente el rango de Ley Orgánica. De esta manera, deberá ser una disposición legal con rango de Ley Orgánica la que deberá determinar la forma y los casos en los que procede la suspensión individual de derechos.

En este sentido se manifestó el Tribunal Constitucional (STC nº 159/1986, de 16 de diciembre) al resolver el recurso de amparo interpuesto por el entonces director del periódico Egin contra la Sentencia de la Audiencia Nacional (y la confirmación de ésta por parte del Tribunal Supremo), que le condenaba por un delito de apología del terrorismo como consecuencia de la publicación de unos comunicados de la organización terrorista ETA-militar:

*“d) El rango de la norma aplicable y, en su caso, el tipo de Ley a que se encomienda la regulación o desarrollo de los derechos constitucionalmente reconocidos -Ley Orgánica o Ley ordinaria- constituyen una garantía de los mismos, al suponer límites y requisitos para la acción normativa de los poderes públicos. La exigencia de que la norma penal que impone sanciones de privación de libertad esté contenida en una Ley Orgánica, lo que supone un procedimiento específico de elaboración y aprobación, añade una garantía -frente al mismo legislador- a las demás constitucionalmente previstas para proteger el derecho a la libertad. Por ello, si bien*

*no puede hablarse de un «derecho al rango» de Ley Orgánica, como contenido del art. 17. 1, sí puede afirmarse que el derecho a la libertad y seguridad reconocido en este artículo incluye todas las garantías previstas en diversos preceptos constitucionales y, entre ellas, las derivadas de los arts. 25.1, 53.1 y 81.1. La imposición, pues, de una pena de privación de libertad contenida en una norma que no posea el carácter de Ley Orgánica constituye una vulneración de las garantías del derecho a la libertad consagrado en el art. 17.1 de la Constitución y, por lo tanto, una violación protegible en la vía de amparo”.*

La obligatoriedad de que la suspensión de derechos se realice por medio de Ley Orgánica se recoge por primera vez en el art. 55.2 de la CE. De ahí que, tras la aprobación de la Constitución española, se derogara la Ley antiterrorista vigente hasta el momento, la Ley 56/1978 de 4 de diciembre, de medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados. Tras su derogación, se procedió a la aprobación de la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el art. 55.2 de la Constitución. Contra esta Ley Orgánica, el Parlamento Vasco interpuso recurso de inconstitucionalidad, que fue resuelto por el Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 25/1981, de 14 de julio, desestimando dicho recurso, sin entrar en el fondo de la cuestión, por entender que el recurrente no tenía legitimación para interponerlo.

Unos años después, se aprobó la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas, elementos terroristas y desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, contra la cual fue nuevamente interpuesto recurso de inconstitucionalidad por parte del Parlamento Vasco y del Parlamento de Cataluña. Dichos recursos fueron resueltos por el Tribunal Constitucional por Sentencia nº 199/1987, de 16 de diciembre. En esta ocasión, se aceptó la legitimación de los parlamentos autonómicos para la interposición de los recursos y se procedió al estudio sobre el fondo de los mismos, siendo estimados parcialmente. No obstante, lejos de declarar la inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley Orgánica, tal y como pretendían los recurrentes, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los siguientes preceptos:

- El párrafo segundo del número primero del art. 1 de la LO 9/1984, en la medida que extiende la aplicación de los arts. 13 a 18 de la Ley a quienes hicieran apología de los delitos descritos en dicho artículo.

- El inciso final del art. 13 de la LO, referente a la prolongación de la detención preventiva. En concreto, hace referencia al plazo de duración, permitiendo que se prolongará hasta diez días. Concretamente declara inconstitucional el siguiente párrafo: *“No obstante, la detención preventiva podrá prolongarse el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un plazo máximo de otros siete días, siempre que tal propuesta se ponga en conocimiento del Juez antes de que transcurran las setenta y dos horas de la detención. El juez, en el término de veinticuatro horas, denegará o autorizará la prolongación propuesta”*.

- El art. 15.1 de la LO, en relación con la posibilidad de incomunicar al detenido, a no ser que se interprete que la incomunicación por parte de la autoridad gubernativa ha de ser objeto de simultánea solicitud de confirmación al órgano judicial competente.

- El art. 21 de la LO, en relación a la clausura de los medios de difusión que realicen alguno de los delitos comprendidos en la propia Ley.

Tras esta Sentencia del Tribunal Constitucional fue presentado el proyecto de reforma de Ley de Enjuiciamiento Criminal, en concreto, por medio de Ley Orgánica 4/1988 de 25 de mayo. De esta manera, se dejaba al margen la técnica de una ley específica de desarrollo del art. 55.2 CE y se introducía, en la Ley reguladora del proceso penal, la suspensión de derechos reflejada en la Constitución. Asimismo, se optó por la introducción de una serie de artículos en el texto, teniendo en cuenta las apreciaciones realizadas por el TC. Como en las otras dos ocasiones, el Parlamento Vasco interpuso nuevamente recurso de inconstitucionalidad contra la citada Ley Orgánica, que fue resuelto por Sentencia nº 71/1994, de 3 de marzo. En este caso, el recurso se centraba en dos cuestiones muy concretas: el no reflejo en la nueva Ley del mecanismo previsto para el ejercicio del *“adecuado control parlamentario”* al que se

refiere el art. 55.2, y a la inconstitucionalidad de los arts. 384 bis<sup>283</sup> y 504 bis<sup>284</sup> de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En seguida nos referiremos a la primera cuestión; mientras que en relación con la supuesta inconstitucionalidad de los artículos anteriormente citados, el Tribunal Constitucional optó por declarar la inconstitucionalidad del art. 504 bis, al considerar que suponía una vulneración del derecho a la libertad personal.

Recientemente, la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha sido reformada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica; y por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

En lo que a la suspensión de derechos se refiere, ha sido la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, la que ha introducido *“cambio jurídicos, sustantivos y procesales, que afectan al ámbito propio de la ley orgánica, en cuanto que desarrolla derechos fundamentales y libertades públicas”*<sup>285</sup>. Entre otras cuestiones, que serán analizadas en el siguiente capítulo, en la citada LO se ha tratado la regulación de las medidas de investigación tecnológica, de conformidad con las nuevas técnicas disponibles, incidiendo directamente en los artículos 24 y 18 de la CE, de acuerdo con la facultad regulada por el art. 55.2 CE.

### 5.2.2. Adecuado control parlamentario

---

<sup>283</sup> **Art. 384 bis LECrim.-** *firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por un delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviese ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo, mientras dura la situación de prisión.*

<sup>284</sup> **Art. 504 bis LECrim:** *cuando en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anterior, se hubiere acordado la libertad de presos o detenidos por los delitos a los que se refiere el artículo 384 bis, la excarcelación se suspenderá por un periodo máximo de un mes, en tanto la resolución no sea firme, cuando el recurrente sea el Ministerio Fiscal.*

<sup>285</sup> Exposición de Motivos LO 13/2015, de 5 de octubre.



En relación con el requisito referente a la necesidad de un adecuado control parlamentario de este tipo de medidas, debemos señalar que, hasta 1988, este control parlamentario se canalizó por medio de comparecencias de representantes del Gobierno, concretamente del Ministerio del Interior, en las Comisiones parlamentarias tanto del Congreso como del Senado correspondientes. Dichas comparecencias tenían un carácter meramente informativo y se vetaba la posibilidad de realizar cualquier tipo de aclaración o interpelación a los integrantes de dichas comisiones. El número de comparecencias se redujo a una veintena, entre el periodo 1981 a 1988, intercaladamente entre el Senado y el Congreso. Siendo la primera de ellas en el Senado el 21/5/1981 y la última el 20/4/1988, ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso.

Este sistema de control demostró ser de escaso valor y efectividad, tal y como fue denunciado en reiteradas ocasiones por el diputado de Euskadiko Ezkerra, Juan María Bandrés Molet, que en una comparecencia en la Comisión de Justicia e Interior afirmó, ante el Ministro del Interior Barrionuevo, que *“esta comparecencia que marca el artículo 18 es una comparecencia rutinaria, estrictamente estadística y que no sirve a la auténtica función de control strictu sensu de lo que el Ministerio del Interior y el propio ministro deciden al amparo de esta ley excepcional”*<sup>286</sup>.

Esto llevó a que en la LO 4/1988, de reforma de Ley de Enjuiciamiento Criminal, se optara por no establecer en la Ley ninguna medida específica para el control parlamentario de esta facultad del gobierno.

Esta circunstancia fue alegada por el Parlamento Vasco como uno de los motivos de su recurso de inconstitucionalidad, presentado ante el Tribunal Constitucional, contra la LO 4/1988 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A este respecto, el Tribunal Constitucional señaló que, mientras que la necesaria intervención judicial para la suspensión de derechos sí supone un contenido inexcusable de la Ley Orgánica, la exigencia del control parlamentario se trata de un requisito relativo a la supervisión genérica de la actuación, en este punto, del Gobierno, pero que no tiene por qué formar parte del articulado de la Ley Orgánica y que *“cabe configurar*

---

<sup>286</sup> Diario de Sesiones del Congreso- Comisiones, III Legislatura, núm. 264, de 20 de abril de 1988.

*también a través de otros instrumentos normativos, esto es, mediante disposiciones legislativas específicas o, desde luego, en el propio Reglamento parlamentario*”<sup>287</sup>.

Por ello podemos afirmar que el requisito de adecuado control parlamentario no se refiere tanto a la exigencia de que este control esté previsto en la Ley Orgánica de desarrollo del art. 55.2 CE, sino a que serán las propias Cámaras las que, en el marco de sus Reglamentos de funcionamiento, establezcan los mecanismos de control pertinentes.

Cierto es que, desde entonces, podríamos decir que este control parlamentario se ha limitado a las preguntas realizadas, o bien al Ministro del Interior<sup>288</sup>, o bien al Secretario de Estado de Seguridad<sup>289</sup>, en sus comparecencias ante las respectivas Comisiones de Interior y Justicia e Interior, del Senado y del Congreso; así como a las comparecencias realizadas por el Fiscal General del Estado<sup>290</sup> ante las Comisiones de Justicia de ambas cámaras. Igualmente, encontramos alguna referencia sobre la aplicación de medidas antiterroristas, fundamentalmente en lo referente a algunas denuncias específicas de torturas y del régimen de incomunicación, en las comparecencias del Director General de la Guardia Civil<sup>291</sup>. Pero en ninguno de los casos se ofrecen verdaderos datos relevantes sobre el grado de aplicación de estas medidas antiterroristas limitadoras de derechos.

Asimismo, la Comisión de Secretos Oficiales tiene entre sus funciones tratar todos los aspectos que afecten a la seguridad del Estado, encontrándose las medidas

---

<sup>287</sup> STC nº 71/1994, de 3 de marzo.

<sup>288</sup> Comparecencia del señor Ministro de Justicia e Interior (Belloch Julbe) para informar sobre actuaciones llevadas a cabo por el Ministerio del Interior relacionadas con la desaparición de Lasa y Zabala. Diario de Sesiones del Congreso- Comisiones, Justicia e Interior, V Legislatura, núm. 55, de 3 de mayo de 1995.

<sup>289</sup> Comparecencia del señor Secretario de Estado de Seguridad (Astarloa Huarte-Mendicoa) para informar sobre información que trasladó al presidente del Gobierno en relación con los cuatros detenidos en Cataluña por su implicación con el terrorismo islamista. Diario de Sesiones del Congreso- Comisiones, Justicia e Interior, VII Legislatura, núm. 110, de 5 de noviembre de 2003.

<sup>290</sup> Comparecencia de la señora Fiscal General del Estado (Madrigal Martínez-Pereda) para la presentación de la memoria correspondiente al año 2014. Diario de Sesiones del Congreso- Comisiones, Justicia, XI Legislatura, núm. 59, de 25 de abril de 2016.

<sup>291</sup> Comparecencia del señor Director General de la Guardia Civil (López Valdivieso) para informar sobre el trato recibido en dependencias policiales por las personas detenidas relacionadas con el diario “Egunkaria”. Diario de Sesiones del Congreso- Comisiones, Justicia e Interior, VII Legislatura, núm. 92, de 31 de marzo de 2003.

antiterroristas entre ellos. De ahí que se sobreentienda, ya que públicamente no ha trascendido nada, que la aplicación de estas medidas antiterroristas haya sido tratada en el ámbito de esta Comisión.

La Comisión de Secretos Oficiales, canaliza el acceso del Congreso a materias reservadas del Estado. El funcionamiento de esta Comisión viene regulado en una Resolución de la Presidencia del Congreso en 2004. Las Comisiones y uno o más Grupos Parlamentarios que comprendan, al menos, la cuarta parte de los miembros del Congreso, podrán solicitar que, por conducto de la Presidencia de la Cámara, se informe a la misma sobre materias que hubieran sido declaradas clasificadas conforme a la Ley sobre Secretos Oficiales.

Las materias pueden estar clasificadas en la categoría de secreto o en la categoría de reservado. Si la materia en cuestión hubiera sido clasificada en la categoría de secreto, el Gobierno facilitará la información recabada a un Diputado por cada Grupo Parlamentario. Los Diputados serán elegidos, al efecto, por el Pleno de la Cámara por mayoría de tres quintos. Son los que están en la Comisión. Mientras que si la materia hubiera sido clasificada en la categoría de reservado, el Gobierno facilitará la información a los Portavoces de los Grupos Parlamentarios o a los representantes de los mismos en la Comisión, cuando hubiera partido de ésta la iniciativa de la solicitud.

Entre las funciones de la citada Comisión están: el control de los gastos reservados, el análisis de informes y documentos reservados y secretos, la fiscalización del CNI y lo relacionado en general con la seguridad del Estado. De ahí que sea en el marco de esta última función en la que se puedan ofrecer datos sobre las medidas antiterroristas adoptadas.

Las sesiones de la Comisión de Secretos Oficiales son secretas. Los diputados tienen la obligación de no revelar su contenido. El artículo 16 del Reglamento del Congreso establece que los diputados están obligados *«a no divulgar las actuaciones que, según lo dispuesto en aquél, puedan tener excepcionalmente el carácter de secretas»*.

Este somero repaso sobre la puesta en práctica del requisito referente al necesario control parlamentario, nos lleva a afirmar la necesidad de establecer un mecanismo de control real sobre el grado de aplicación de las medidas antiterroristas previstas en nuestra legislación específica. En primer lugar, para dar cumplimiento a la exigencia establecida en la Constitución; y en segundo lugar, y en aras de una mayor transparencia, para borrar cualquier sombra de sospecha sobre la aplicación de dichas medidas. En los últimos tiempos vienen siendo habituales las críticas a estas medidas, vinculando su aplicación a un supuesto favorecimiento de la práctica de la tortura en nuestro país. Por el contrario, la realidad nos dice que la aplicación de estas medidas cada vez es más excepcional y que se ha adoptado todo un abanico de medidas, que serán analizadas más adelante, para borrar cualquier sombra de sospecha que pueda existir sobre la actuación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en lo que a lucha antiterrorista se refiere.

Siendo conscientes del carácter reservado de las investigaciones que se llevan a cabo en materia antiterrorista y respetando la confidencialidad de algunas de estas investigaciones -en este sentido es relevante mencionar la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo (STS nº 1304/2016 de 3 de junio) por la que se avalaba la reserva de determinada información en un caso de denegación de nacionalidad por motivos de “*seguridad nacional*” dada la naturaleza “*de las investigaciones practicadas en el marco de la prevención del terrorismo de carácter yihadista*”-, sí consideramos conveniente que se vuelva a la práctica, aunque solo sea a título informativo, de las comparecencias de los responsables del Ministerio del Interior ante las Comisiones correspondientes del Congreso y del Senado para informar sobre la aplicación de estas medidas, más allá de lo que pueda ser tratado en la Comisión de Secretos Oficiales.

### **5.3. Requisitos subjetivos para la suspensión de derechos**

En lo que respecta a los requisitos subjetivos que se deben dar para la suspensión de derechos, debemos comenzar señalando que, con la aplicación del art. 55.2 CE, los derechos no desaparecen para las personas afectadas, sino que quedan temporalmente

sometidos a un régimen jurídico específico. Esto no quiere decir que los poderes públicos puedan actuar arbitrariamente o sin límite alguno procediendo a la limitación de derechos de manera indiscriminada, sino que deberá de realizarse de acuerdo con unos requisitos.

Es el propio texto del artículo 55.2 CE el que establece los requisitos que deben de darse desde un punto de vista subjetivo.

#### 5.3.1. La suspensión debe realizarse de forma individual

Este primer requisito abarca dos dimensiones: una primera, referida a la persona objeto de la suspensión; y. una segunda, relativa al derecho, o derechos, objeto de la suspensión.

Desde el punto de vista de la persona afectada por la suspensión, este requisito se refiere a una suspensión de derechos a una única persona, a una persona determinada, y no a grupos de ciudadanos, permaneciendo vigentes todos los derechos y libertades para el conjunto de los ciudadanos a los que nos les vincula esta suspensión. De lo contrario, supondría que los poderes públicos, en concreto el Ejecutivo, podrían suspender los derechos fundamentales de todo un colectivo o incluso de toda una población.

Desde el punto de vista de los derechos objeto de la suspensión, debemos señalar que la suspensión solo puede afectarle al sujeto de “forma individual”, esto es, a unos determinados derechos (fundamentalmente el derecho a la libertad, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones); mientras que el resto de derechos seguirían vigentes. De lo contrario, se despojaría de todos los derechos a todas aquellas personas investigadas por su posible vinculación con bandas armadas y elementos terroristas.

#### 5.3.2. A personas determinadas

En la misma línea que lo expuesto anteriormente, este segundo requisito implica que no cabe una aplicación indiscriminada del art. 55.2º, sino que únicamente es aplicable a personas determinadas y solo en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

Este requisito es el que ha ido determinando el ámbito de aplicación de las diferentes Leyes Orgánicas de desarrollo del art. 55.2 CE<sup>292</sup>, que ha permanecido prácticamente invariable a lo largo de todas estas Leyes. La única novedad fue la introducida por la LO 9/1984 que incluye también, en el ámbito de aplicación, a las personas que hubieran participado en la apología de tales delitos. Circunstancia esta que fue eliminada de la LO 4/1998, limitando nuevamente el ámbito de aplicación únicamente a las personas integradas o que tuvieran relación con bandas armadas o elementos terroristas. Como ya ha sido comentado, la principal novedad de esta Ley fue la introducción del desarrollo del art. 55.2 CE a través de nuevos artículos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esto hace que, en este caso, no encontremos un artículo específico que determine el ámbito de aplicación como en las anteriores leyes, sino que hay una remisión al artículo 384 bis. que delimita el ámbito de aplicación de

---

<sup>292</sup> **Artículo 1 de la Ley 56/1978 de 4 de diciembre.**-*Las disposiciones contenidas en esta Ley serán aplicables a las personas implicadas en los delitos contra la vida, robo con homicidio, mutilaciones y lesiones graves, detención ilegal bajo rescate o cualquier otra condición, detención ilegal con simulación de funciones públicas, depósito de armas o municiones, tenencia de explosivos, estragos, coacciones o amenazas y delitos directamente conexos con los anteriores siempre que sean cometidos por personas integradas en grupos organizados y armados. Asimismo se aplicarán a las personas pertenecientes a dichos grupos.*

**Artículo 1 de la LO 11/1980, de 1 de diciembre.**- *Uno. A los efectos previstos en el artículo cincuenta y dos, de la Constitución, se entenderá que las personas cuyos derechos fundamentales pueden ser suspendidos, en los supuestos y con el alcance que se determinan en la presente Ley, son aquellas que, presuntamente integradas o relacionadas bien con elementos terroristas, bien con bandas armadas que incidan gravemente en la seguridad ciudadanía, planeen, organicen, ejecuten, cooperen o inciten de modo directo, a la realización de las acciones que se especifican en el siguiente apartado, así como a quienes, una vez proyectadas, intentadas o cometidas las mismas, hicieren su apología pública o encubriesen a los implicados en ellas.*

**Artículo 1 de la LO 9/1984, de 26 de diciembre.**- *l. La presente Ley es de aplicación a las personas integradas en bandas armadas o relacionadas con actividades terroristas o rebeldes que proyecten, organicen o ejecuten los delitos que se especifican en el siguiente apartado, y las que cooperen en ellos o provoquen a la participación en los mismos, o encubran a los implicados. También es de aplicación a las que hicieran apología de tales delitos.*

**Artículo 384 bis de la LO 4/1988, de 25 de mayo.**-*Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delitos cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentado función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo, mientras dure la situación de prisión.*

determinadas medidas específicas del proceso penal “*a persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes*”.

En este punto debemos plantearnos cuál es el nivel de implicación que debe de exigírsele a la persona que va a ser objeto de la suspensión de derechos. Si es necesario que la persona sea sospechosa, o basta con que tal persona pueda aportar datos a las investigaciones relativas a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Aunque con matices, y en función del derecho que sea suspendido, con carácter general podemos afirmar que no es necesario que tal persona esté procesada, ni que sea sospechosa, ni que existan indicios de responsabilidad criminal, sino que basta con que la suspensión de derechos de tal persona pueda aportar datos a las investigaciones relativas a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

Como decimos, será en virtud del derecho suspendido y del supuesto concreto en el que nos encontremos, lo que determinará, en cada caso, qué derechos pueden ser suspendidos y a qué persona determinada. De esta manera, a una persona sobre la que existan indicios suficientes de criminalidad, esto es, que existan sospechas razonables de que ha cometido algún delito relacionado con bandas armadas o elementos terroristas, se le podrá suspender el derecho al plazo máximo de duración de la detención, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones; mientras que aquellas personas que solo puedan esclarecer la comisión de algún delito, no podrán ser detenidas, pero si se les podrá suspender el derecho a la inviolabilidad del domicilio y/o al secreto de las comunicaciones.

### 5.3.3. Relacionadas con actividades vinculadas con bandas armadas o elementos terroristas

Este tercer requisito está muy relacionado con lo comentado anteriormente. En función del derecho objeto de la suspensión se podrá aplicar a unas personas determinadas. De esta manera, solo se podrá suspender los derechos a un “*presunto partícipe*” en algún delito terrorista, al titular del domicilio donde se oculte un “*presunto responsable*” de las acciones delictivas de una banda terrorista, o a una persona que pueda favorecer “*la averiguación de delitos relacionados con la actuación*” de bandas terroristas.

En este sentido, para prorrogar el plazo máximo de duración de la detención, el detenido habrá tenido que serlo por alguna de las circunstancias previstas en el art. 490 de la LECrim, esto es, “*que intentara cometer un delito en el momento de ir a detenerlo*” o “*al delincuente in fraganti*”. Por lo que la prórroga del plazo máximo de duración de la detención solo se podrá aplicar al presunto partícipe en la comisión de algún delito terrorista.

En relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, la policía podrá entrar en el domicilio de una persona, incluso sin autorización judicial, con la finalidad de detener a una o varias personas, o de realizar un registro con el fin de obtener pruebas que puedan servir para esclarecer un delito, de acuerdo al art. 553 LECrim<sup>293</sup>. Por lo que el derecho a la inviolabilidad del domicilio podrá ser suspendido a todo presunto partícipe en la comisión de algún delito terrorista y a todo aquel que oculte a un presunto responsable de la comisión de algún delito terrorista.

Y en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones, el Ministerio del Interior podrá proceder a observar las comunicaciones, incluso sin autorización judicial, con el fin de esclarecer un delito de conformidad con el nuevo art. 579.3 LECrim<sup>294</sup>. De esta manera, el derecho al secreto de las comunicaciones podrá ser suspendido a todo presunto partícipe en la comisión de algún delito terrorista, a todo aquel que oculte a un

---

<sup>293</sup> **Art. 553 LECrim.-** Los Agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediateamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido.

Del registro efectuado, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al Juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos.

<sup>294</sup> **Art. 579.3.LECrim.-** En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. Esta medida se comunicará inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida.



presunto responsable de la comisión de algún delito terrorista y a todo aquel que pueda aportar datos que favorezcan el esclarecimiento de delitos de terrorismo.

Asimismo, en este punto, debemos referirnos al debate surgido en torno a si el art. 55.2 se refiere a actividades relacionadas con bandas armadas, con independencia de que tuvieran una finalidad terrorista, y a elementos terroristas; o si se refiere únicamente a bandas armadas de carácter terrorista. Este debate supuso problemas de interpretación, lo que provocó que el art. 55.2 CE empezara a aplicarse no solo a organizaciones terroristas sino a todo tipo de banda armada, ampliándose el ámbito de aplicación más allá de personas relacionadas con delitos de terrorismo. Finalmente, el Tribunal Constitucional neutralizó esta interpretación extensiva del art. 55.2, en su Sentencia nº 199/1987, de 16 de diciembre (Fundamento Jurídico nº 4), al establecer que:

*“El concepto de «bandas armadas» ha de ser interpretado así restrictivamente y en conexión, en su transcendencia y alcance, con el de «elementos terroristas» mencionado en el precepto constitucional. En esta misma línea la jurisprudencia penal también ha definido de forma restrictiva el tipo delictivo contemplado en el art. 7 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, haciendo referencia no sólo a la nota de permanencia y estabilidad del grupo, y a su carácter armado (con armas de defensa o de guerra, y también con sustancias o aparatos explosivos), sino también a su entidad suficiente para producir un terror en la sociedad y un rechazo de la colectividad, por su gran incidencia en la seguridad ciudadana, que suponga así también un ataque al conjunto de la sociedad democrática. Cualquier otra interpretación más amplia de la expresión bandas armadas, que permitiera la aplicación de la Ley Orgánica 9/1984 y singularmente de los preceptos de su Capítulo Tercero a personas o grupos que actúan con armas, sin provocar el terror en la sociedad ni pretender alterar el orden democrático y constitucional del Estado de Derecho y sin ponerlo objetivamente en peligro, carecería de la cobertura constitucional del art. 55.2”.*

Con este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional zanjó la discusión y limitó el ámbito de aplicación del art. 55.2 a organizaciones únicamente de carácter terrorista.

## 5.4. Requisitos objetivos para la suspensión de derechos

### 5.4.1. Necesario respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales

El principal requisito objetivo que debe darse para la suspensión de derechos fundamentales se refiere al necesario respeto del contenido esencial del derecho fundamental. Esto es, el respeto al núcleo que hace identificable al derecho objeto de suspensión. De ahí que en todo momento se hable de suspensión o de limitación de derechos, porque el ir más allá (lo que implicaría el despojo del derecho fundamental) no gozaría de amparo constitucional según nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, el profesor Ferrajoli define derechos fundamentales como “aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”<sup>295</sup>.

No obstante, no todos los derechos fundamentales tienen el mismo nivel de protección. O dicho de otro modo, en función del derecho fundamental de que se trate éste podrá ser limitado o no. Como indica el profesor Prieto Rodríguez, “algunos derechos fundamentales son “absolutos” y otros “relativos”. Los primeros aparecen protegidos ilimitadamente, sin posibilidad de inmolarlos para ningún fin. La vida, la salud o la integridad física no admiten lesión alguna. Cualquier vulneración de los mismos deviene inconstitucional y la prueba obtenida por este camino (tortura, coacciones o amenazas a testigos...) carecería completamente de valor. Los segundos no aparecen protegidos de forma infinita. Los propios textos internos constitucionales y los convenios internacionales incorporan, tras su protección, la posibilidad de restringirlos ante la presencia de un interés prevalente -cual la necesidad de averiguar la

---

<sup>295</sup> FERRAJOLI, L: *Derechos y garantías* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi). Ed. Trotta. Madrid. 2004. Pág. 37.

verdad en el proceso penal”<sup>296</sup>. De ahí que, como indica la profesora Martínez García, sea necesario una regulación pormenorizada de los actos de investigación, sobre todo lo relacionado con aquellos aspectos que afectan la núcleo esencial de los derechos fundamentales. En este sentido, la profesora señala que “los requisitos exigidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueden resumirse en las siguientes exigencias: 1. Necesidad de previsión legislativa de la injerencia, se refiere a todo el derecho positivo en vigor; 2. Accesibilidad a la Ley, entendida como ley y jurisprudencia; 3. Previsibilidad de la Ley, lo que incluye la regulación de los supuestos y formas de limitación de los derechos, infracciones que pueden motivar la intervención, así como los controles internos para evitar abusos, tanto en el momento de la intervención del derecho, como durante su desarrollo y cuando cesa la medida”<sup>297</sup>.

Es importante destacar que incluso para aquellos que se han mostrado críticos con algunos aspectos de nuestra legislación antiterrorista, como la profesora Carmen Lamarca, “la suspensión de garantías no parece significar en todo caso una pérdida de vigencia total de los derechos fundamentales. Aunque la suspensión opera con diferente intensidad en relación con cada derecho e incluso no es idéntica la suspensión de un mismo derecho adoptada en los estados excepcionales o al amparo de la legislación antiterrorista, puede decirse que en ningún supuesto las medidas previstas en el artículo 55 suponen una derogación, siquiera transitoria, del derecho o garantía. Ésta sigue existiendo y goza de protección aún cuando pueda transformar su fisonomía o pueda, lo que es más frecuente, perder alguno de los instrumentos que aseguran su ejercicio”<sup>298</sup>. De ahí que, a la hora de determinar si se cumple con el requisito de respeto al contenido esencial del derecho fundamental, se deba analizar si aquello que le hace reconocible y asegura su ejercicio, permanece vigente. Para la profesora Lamarca: “Lo que produce la suspensión es una merma de las garantías, ciertamente muy importante, al producirse una cesión de las facultades judiciales a favor de las gubernativas, así como el

---

<sup>296</sup> PRIETO RODRÍGUEZ, J.I: “Entrada y registro domiciliario en el proceso penal”, en *Revista de derecho penal y criminología*, nº 6, 1996, pág. 861.

<sup>297</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E: *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009, pág. 100.

<sup>298</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pág. 384.

levantamiento del límite temporal de las 72 horas a que alude el artículo 17.2º. Pero lo importante es que la suspensión no altere el significado mismo de los derechos y de las garantías procesales”<sup>299</sup>. Entendiendo por garantías, en palabras del profesor Díez-Picazo, “al conjunto de medios que el ordenamiento prevé para la protección, tutela o salvaguarda de los derechos fundamentales”<sup>300</sup>.

Este contenido esencial variaría en función de encontrarnos ante un derecho u otro, por lo que a continuación se procederá al análisis de cada uno de los derechos susceptibles de ser suspendidos:

#### a) Derecho a la libertad personal

Regulado en el artículo 17 CE, establece que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad sin que nadie pueda ser privado de su libertad más allá de los casos y en la forma previstos en la ley. No obstante, como señala el profesor Banacloche, “aunque el respeto a la libertad personal es un requisito imprescindible para el funcionamiento medianamente adecuado de un Estado democrático de Derecho, pueden existir ocasiones en las que tal derecho debe limitarse en beneficio de otros derechos o valores que también aparecen como dignos de protección, respetando siempre el principio de proporcionalidad”<sup>301</sup>.

En este sentido, y de acuerdo con la ley, cuatro son los supuestos en los que, o bien podrá privarse a una persona de libertad: prisión provisional y prisión, o bien podrá limitarse ese derecho a la libertad personal: detención preventiva y retención. Centrándonos en estos dos últimos supuestos, la diferencia entre detención y retención la encontramos en “la finalidad e intensidad que pretenda la medida que se quiera adoptar”<sup>302</sup>.

---

<sup>299</sup> LAMARCA PEREZ, C: *Tratamiento jurídico del terrorismo...*, op. cit., pág. 388.

<sup>300</sup> DÍEZ-PICAZO, J.M: *Sistema de derechos fundamentales*. Ed. Civitas. Madrid. 2013, pág. 69.

<sup>301</sup> BANACLOCHE PALAO, J: *La libertad personal y sus limitaciones: detenciones y retenciones en el Derecho español*. Ed. Mc Graw Hill. Madrid. 1996, pág. 140.

<sup>302</sup> BANACLOCHE PALAO, J: *La libertad personal y...*, op. cit., pág. 143.

La detención preventiva, como medida precautelar, supone “la detención del sospechoso del delito, consistente en su privación de libertad por un espacio breve de tiempo, normalmente para ponerlo a continuación a disposición del Juez de instrucción a fin de que éste decida sobre su ingreso en prisión o puesta en libertad”<sup>303</sup>. Mientras que la retención, por ejemplo, para la comprobación de la identidad de las personas, supone una limitación de la libertad “de carácter leve o poco intenso, que se practica con el objeto de realizar determinadas averiguaciones vinculadas a la función protectora de la seguridad ciudadana, encomendada por la Constitución a las autoridades policiales”<sup>304</sup>.

En lo que respecta a la detención preventiva, como señala el profesor Cobo del Rosal, “conceptualmente estamos, ante una medida cautelar que supone una indudable y gravísima limitación de un derecho fundamental, que, por ende deberá estar asentada, amén de su legalidad, en un fundamento proporcionado que permita dicha injerencia en una libertad individual”<sup>305</sup>. De ahí que a la hora de aplicarse, y en aras al respeto del principio de proporcionalidad, sea necesario la ponderación, por parte de la autoridad ordenante de la medida, de si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida menos gravosa con igual eficacia (juicio de necesidad) y si la medida es ponderada o equilibrada, “por derivarse de ella, más beneficios o ventajas para el interés general, que perjuicios sobre bienes o valores en conflicto”<sup>306</sup> (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

En su regulación constitucional, en el artículo 17 CE, en sus apartados segundo y tercero, se prevén una serie de garantías que, en todo caso, deben de respetarse. En primer lugar, una garantía temporal, estableciendo un plazo máximo de 72 horas para llevar a cabo las actuaciones tendentes al esclarecimiento de hechos de carácter delictivo. Y en segundo lugar, una garantía de carácter judicial, al establecer los

---

<sup>303</sup> BANACLOCHE, J/ZARZALEJOS, J: *Aspectos fundamentales...*, pág. 212-213.

<sup>304</sup> BANACLOCHE PALAO, J: *La libertad personal y...*, op. cit., pág. 175.

<sup>305</sup> COBO DEL ROSAL, M: *Tratado de Derecho procesal penal español*. Ed. Cesej. Madrid. 2008, pág. 509.

<sup>306</sup> COBO DEL ROSAL, M: *Tratado de Derecho procesal penal...*, op. cit., pág. 517.

derechos de los que goza toda persona detenida. En este sentido, en lo que respecta al plazo de 72 horas, es importante destacar que juega como plazo subsidiario al plazo necesario para el esclarecimiento de los hechos. Así lo destaca el profesor Cobo del Rosal al afirmar que: “Sin embargo, el módulo determinante de dicho plazo, con el máximo de 72 horas, lo constituye el tiempo estrictamente necesario para la valoración de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”<sup>307</sup>. Como señala el profesor Banacloche, “la correcta interpretación del precepto constitucional dispone que la detención no debe prolongarse más allá de lo estrictamente necesario para practicar las diligencias que la motivan (plazo razonable) y, en todo caso, transcurridas 72 horas (plazo máximo) el detenido debe ser puesto en libertad o a disposición judicial (arts. 17 CE y 520.1 LECrim.). Es decir, la Policía no tiene derecho a agotar el plazo de 72 horas de detención si las diligencias que la motivaron o la puesta a disposición judicial pueden realizarse en un plazo inferior (o “tiempo indispensable”, STS 635/2003, de 20 de abril), so pena de incurrir en una detención ilegal sobrevenida castigada por el art. 530 CP (SSTC 224/1998, de 24 de noviembre y 288/2000, de 27 de noviembre). Este plazo máximo puede ampliarse otras 48 horas cuando el delito sea de terrorismo y siempre que la prórroga sea autorizada judicialmente (art. 520 bis. 1 LECrim.)”<sup>308</sup>.

Asimismo, en lo que respecta a los derechos de los que goza cualquier persona detenida, el profesor García Morillo resalta, junto con el nivel de garantías y el plazo máximo de detención, la asistencia letrada, el reconocimiento médico y la comunicación de la detención y el procedimiento de control judicial de la legalidad de la detención o *habeas corpus*<sup>309</sup>.

De conformidad con el art. 55.2 CE, este derecho podrá limitarse para aquellas personas investigadas por su relación con bandas armadas y/o elementos terroristas, afectando, dicha limitación, no tanto al contenido esencial del derecho, sino a las garantías previstas en la Constitución. En este sentido, la limitación afectará en primer lugar, al plazo máximo de 72 horas, pudiendo ser ampliado hasta un plazo de 48 horas

---

<sup>307</sup> COBO DEL ROSAL, M: *Tratado de Derecho procesal penal...*, op. cit., pág. 521.

<sup>308</sup> BANACLOCHE, J/ZARZALEJOS, J: *Aspectos fundamentales...*, op. cit., pág. 216.

<sup>309</sup> GARCÍA MORILLO, J: *El derecho a la libertad personal*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1995, págs.. 127 a 136.

más, tal y como establece el art. 520 bis. LECrim<sup>310</sup>, siempre que en las primeras 48 horas de la detención se comunique al juez y éste así lo autorice, mediante resolución motivada (al igual que en el caso de la denegación), en las 24 horas siguientes. En estos casos, podrá solicitarse la incomunicación del detenido, sobre la que deberá pronunciarse el Juez, procediéndose, no obstante, a la incomunicación desde el mismo momento de su solicitud.

Asimismo, la limitación también afectará a la garantía judicial prevista en el apartado tercero del art. 17 CE, toda vez que en el caso de los detenidos por terrorismo el art. 527 LECrim<sup>311</sup> establece la posibilidad de su incomunicación. Esta medida de incomunicación implica la imposibilidad de avisar a persona o familiar del hecho de su detención y la posibilidad de designar abogado de confianza para esta primera asistencia, siéndole designado un abogado de oficio.

Sobre esta posibilidad de incomunicación de los detenidos por delitos de terrorismo, se ha manifestado el profesor Cobo del Rosal, que si bien es cierto considera que “como refiere la mejor doctrina, la detención incomunicada resulta

---

<sup>310</sup> **Artículo 520 bis LECrim.-**

*1. Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención.*

*No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada.*

*2. Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decreta su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el Juez hubiere dictado la resolución pertinente.*

*3. Durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste.*

<sup>311</sup> **Artículo 527 LECrim.-**

*1. En los supuestos del artículo 509, el detenido o preso podrá ser privado de los siguientes derechos si así lo justifican las circunstancias del caso:*

*a) Designar un abogado de su confianza.*

*b) Comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense.*

*c) Entrevistarse reservadamente con su abogado.*

*d) Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.*

desproporcionada en la generalidad de los casos, aunque pudiera ser aplicable solo en casos excepcionales como terrorismo o, en general, con ocasión del crimen organizado”<sup>312</sup>; no se muestra igual de partidario con la posibilidad de prorrogar la incomunicación. En este sentido, considera que “después de trece días incomunicado, con un abogado de oficio y, sin haber tenido, prácticamente, ningún contacto con el exterior, la declaración que pueda prestar el preso carece absolutamente de cualquier efecto o valor probatorio”<sup>313</sup>.

#### b) Derecho a la inviolabilidad del domicilio

El Tribunal Constitucional define este derecho, en su Sentencia nº 22/2003, de 10 de febrero, como la *“facultad del titular de exclusión a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro”*.

El derecho a la inviolabilidad del domicilio se regula en el apartado segundo del art. 18 de la Constitución. Se vincula al derecho a la intimidad de las personas, pues protege el ámbito donde la persona desarrolla su intimidad al amparo de miradas indiscretas, entendiendo por domicilio el espacio donde el individuo vive ejerciendo su libertad más íntima, protegiéndole de cualquier entrada o registro en él sin el consentimiento del titular o autorización judicial.

No obstante, como señala el profesor Banacloche, “una de las medidas que pueden resultar necesarias en la investigación de un delito es la relativa a la previa entrada y posterior registro de un lugar donde pueden hallarse personas u objetos relacionados con el mismo. Cuando ese lugar tiene la categoría de domicilio, emerge la especial protección que para él prevé el art. 18.2 CE, a cuyo tenor “el domicilio es inviolable”, y solo excepcionalmente, en los casos señalados por ese mismo precepto, se puede proceder a su entrada y registro”<sup>314</sup>. En este sentido se manifiesta el profesor Hinojosa Segovia al afirmar que “el respeto a los derechos fundamentales, no puede

<sup>312</sup> COBO DEL ROSAL, M: *Tratado de Derecho procesal penal...*, op. cit., pág. 524.

<sup>313</sup> COBO DEL ROSAL, M: *Tratado de Derecho procesal penal...*, op. cit., pág. 527.

<sup>314</sup> BANACLOCHE, J/ZARZALEJOS, J: *Aspectos fundamentales...*, pág. 178.



mantenerse hasta extremos que puedan llevar a situaciones imposibles y, a la vez, a la impunidad más absoluta en detrimento de supremos intereses, con olvido de que los derechos fundamentales, al igual que cualquier otra norma de carácter positivo, no han sido elaborados y promulgados únicamente para servir a modo de patente de corso a favor de los ciudadanos individualmente considerados, sino también en defensa de la sociedad entendida en su conjunto”<sup>315</sup>. Reconociendo, este mismo autor, que “la restricción del derecho a la inviolabilidad del domicilio, aún muy grave, es indispensable para los fines de persecución y de investigación de los delitos”<sup>316</sup>.

Este derecho se incluiría entre los derechos fundamentales relativos a los que hacíamos referencia anteriormente, de ahí que el propio texto constitucional prevéa la posibilidad de su limitación y sacrificio en pro de la salvaguarda de determinados intereses, como puede ser la lucha contra el terrorismo y la defensa de la seguridad nacional. No obstante, para evitar la adopción de medidas arbitrarias por parte de la autoridad gubernativa, “antes de menoscabar el respeto al propio domicilio, deben ponderarse los intereses en juego”<sup>317</sup>. Como señala el profesor Prieto Rodríguez: “Las causas justificadoras de la lesión al derecho se configuran como auténticas excepciones a la santidad de la propia morada, y como tales exigen una interpretación restrictiva. Se configuran como plasmación evidente del conflicto entre los dos bienes en conflicto: el servicio a la seguridad o necesidad de prevención o investigación de actos delictivos (graves, por exigencia del principio de proporcionalidad) y la intimidad domiciliar por otra”<sup>318</sup>. En la misma línea se manifiesta la profesora Cabezudo Bajo al afirmar que “cabe considerar las restricciones de entrada y registro domiciliario como aquellas intromisiones, legalmente previstas, ocasionadas en virtud de una resolución, un flagrante delito o un estado de necesidad que persiguen fines constitucionalmente legítimos y cuya consecución, si bien conlleva, en principio la violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, se justifican en virtud del principio de

---

<sup>315</sup> HINOJOSA SEGOVIA, R: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*. Ed. Editoriales de Derecho reunidas. EDESA. 1996, pág. 51

<sup>316</sup> HINOJOSA SEGOVIA, R: *La diligencia de entrada y registro...*, op. cit. pág. 52.

<sup>317</sup> PRIETO RODRÍGUEZ, J.I: “Entrada y registro domiciliario...”, op. cit, pág. 864.

<sup>318</sup> PRIETO RODRÍGUEZ, J.I: “Entrada y registro domiciliario...”, op. cit, pág. 882.

proporcionalidad”<sup>319</sup>. Igualmente, el profesor Gallegos Moreno sostiene que “como el interés particular ha de ceder ante los más elevados intereses del Estado, resulta en consecuencia que la inviolabilidad del domicilio no es un derecho absoluto, sino sujeto a restricciones impuestas por las necesidades de la justicia penal”<sup>320</sup>.

Los casos en los que la ley prevé la posibilidad de privar de este derecho se refieren a aquellos en que exista, o bien consentimiento del titular, o bien autorización judicial, y en los casos de flagrante delito. En todos ellos, al igual que ocurría en el caso del derecho a la libertad y por aplicación del principio de proporcionalidad, deberán ser objeto de una interpretación restrictiva siendo necesario que se cumplan los requisitos de idoneidad -cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que pueden servir para su descubrimiento y comprobación-; de necesidad o menor onerosidad -que no haya una forma menos gravosa de acceder a esos elementos relevantes-; y de proporcionalidad en sentido estricto -que se persiga un delito grave porque de lo contrario resultaría excesiva la afectación del derecho fundamental-.

Sin embargo, para que se admita la vulneración del derecho no es necesaria la penetración física, sino que se incluirá también la que se efectúa mediante aparatos visuales o auditivos. En este sentido, se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo, en su Sentencia nº 329/2016, ampliando las garantías de este derecho al determinar que es inválida la observación del interior de la vivienda del acusado, efectuada por agentes de la policía, sin autorización judicial y valiéndose, para ello, de unos prismáticos. A este respecto, esta Sentencia establece que cuando los agentes utilizan instrumentos ópticos que convierten la lejanía en proximidad, no significa que el domicilio pierda su protección constitucional por el hecho de que las cortinas no se hallen debidamente cerradas o las persianas no estén bajadas; por lo que la intimidad, en estos casos, ni desaparece ni implica que el morador haya implícitamente autorizado la observación del interior del inmueble al no colocar elementos que obstaculicen la visibilidad del domicilio. En este sentido, revoca la anterior tesis fijada por el propio

---

<sup>319</sup> CABEZUDO BAJO, M.J: *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, Ed. Iustel. Madrid. 2004, pág. 41.

<sup>320</sup> GALLEGOS MORENO, A: “La inviolabilidad del domicilio y la diligencia de entrada y registro en domicilios particulares (Teoría/Práctica de la jurisdicción)”, en Revista *Jueces para la democracia*, nº 1, 1987. Págs. 31-34.

Tribunal Supremo, en la Sentencia de 15 abril de 1997, respecto a un supuesto de hecho análogo, que establecía que no se requería autorización judicial para la observación realizada a través de una ventana, siempre y cuando no hubiese que vencer ningún obstáculo que se haya predispuesto para salvaguardar la intimidad, es decir, cuando a través de la ventana se permitiese ver la vida que se desarrolla en el interior del domicilio.

Asimismo, es importante señalar que el ámbito de protección de este derecho se refiere única y exclusivamente al domicilio. En este sentido, en palabras del profesor Banacloche: “Solo hay colisión con un derecho fundamental cuando la entrada y registro tiene lugar en un domicilio. Cuando se procede a registrar objetos que se hallan en un lugar abierto, o a entrar en un lugar cerrado que no tiene tal condición de domicilio al estar abierto al público (por ejemplo, un comercio, un restaurante, una sala de hospital) o, sin estarlo, al no desarrollarse allí vida íntima (como una finca vallada, una nave industrial, o incluso una casa abandonada donde circulan libremente personas) no se requieren las mismas exigencias que para los domicilios, permitiéndose la actuación de la Policía de propia autoridad y siguiendo las normas legales, salvo que exista un proceso pendiente, en cuyo caso sí se exige autorización judicial a tenor de lo dispuesto en el art. 546 LECrim”<sup>321</sup>.

Al igual que ocurría con el anterior derecho, el art. 55.2 CE prevé la limitación del derecho a la inviolabilidad del domicilio para los supuestos de investigaciones sobre personas relacionadas con bandas armadas o elementos terroristas. Su suspensión individual se regula en el artículo 553 LECrim<sup>322</sup>, que permite la entrada y registro sin necesidad de autorización judicial previa, pero con la obligación de dar cuenta

---

<sup>321</sup> BANACLOCHE, J/ZARZALEJOS, J: *Aspectos fundamentales...*, pág. 179.

<sup>322</sup> **Artículo 553 LECrim.-** *Los Agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido.*

*Del registro efectuado, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al Juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos.*

inmediata al Juez. En este caso, la persona objeto de la limitación puede ser tanto la persona sospechosa de su relación con elementos terroristas como la persona que dé cobijo a estas aunque no tenga relación alguna con ellas.

Es importante destacar que, en estos casos, la posibilidad de limitación de este derecho en los supuestos de investigaciones por delitos de terrorismo tiene que ir unida a la detención de presuntos terroristas por tener fundadas sospechas de que se encuentren ocultos o refugiados en dicho domicilio, así como su posterior registro por si se escondieran efectos o instrumentos del delito.

En este sentido se pronuncia el profesor Virgala al señalar que “las personas a las que se puede detener como consecuencia de la entrada en un lugar o domicilio, sin mandamiento judicial, han de ser “presuntos responsables de las acciones a las que se refiere el art. 384 bis”, es decir, presuntos responsables de un “delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes”...”la policía en este caso ha tener también la sospecha razonable de que la persona a detener es un presunto responsable en algún grado de participación de un delito terrorista, en el entendimiento antes señalado, o de un delito de rebelión”<sup>323</sup>. No obstante, el profesor puntualiza que “la sospecha razonable de que en un determinado domicilio se encuentra un presunto delincuente por terrorismo o rebelde no permite, sin más, la entrada de la policía. El art. 553 LECrim exige que exista una “excepcional o urgente necesidad”<sup>324</sup>, que no requiere que “los presuntos terroristas estén cometiendo o acaben inmediatamente de cometer un delito (ya que, en ese caso estaríamos ante un delito flagrante) ni de casos en que exista la posibilidad temporal de acudir a la autoridad judicial para obtener el correspondiente mandamiento judicial. Por tanto, serían casos en que sin ser consecuencia de la inmediata comisión de un acto delictivo, sea necesaria la intervención policial para detener a un presunto terrorista, pero sin que dé tiempo a solicitar la autorización judicial. Parece que el supuesto ha de referirse a la obtención por la policía de información fidedigna de que uno o varios terroristas se

---

<sup>323</sup> VÍRGALA FORURIA, E: “La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 40. Enero-Abril, 1994. Págs. 108.

<sup>324</sup> VÍRGALA FORURIA, E: “La suspensión de derechos por terrorismo...”, op. cit., pág. 109.

encuentran en un local determinado y con probabilidades de que destruyan en breve efectos o instrumentos relevantes par el esclarecimiento del delito”<sup>325</sup>.

### c) Derecho al secreto de las comunicaciones

La regulación de este derecho la encontramos en el apartado tercero del artículo 18 de la Constitución al referirse que se garantizará el secreto de las comunicaciones, haciendo especial referencia a las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. Este derecho, aunque fuertemente ligado al derecho a la intimidad de las personas, protege las comunicaciones en sí mismas con independencia de que su contenido afecte o no a la intimidad de las personas. Tal y como señala el profesor Cobo del Rosal, la garantía de este fundamental “es absoluta con independencia de cuál sea el contenido, es decir, que resulta irrelevante que su agresión afecte o no a la intimidad personal”<sup>326</sup>.

En este sentido, entendemos por comunicación a “todo proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas a través de cualquier medio técnico”<sup>327</sup>. De ahí que el paraguas de protección del derecho al secreto de las comunicaciones abarque no solo al contenido de la comunicación, sino también a todos los datos y aspectos que, no siendo notorios a terceros, se deriven del medio técnico empleado. De esta manera, el profesor Jiménez Campo destaca que “lo protegido por el secreto es la comunicación y no solo su contenido. Por tanto, aquellos aspectos del proceso de comunicación que, en virtud de las características del medio empleado, no sean notorios a terceros quedan también incluidos en el ámbito del derecho subjetivo, constituyendo lesión del mismo su eventual desvelamiento”<sup>328</sup>.

Esto ha hecho que el contenido de este derecho haya ido evolucionando a medida que la tecnología, en materia de comunicaciones, ha ido avanzando. Prueba de

---

<sup>325</sup> VÍRGALA FORURIA, E: “La suspensión de derechos por terrorismo...”, op. cit., pág. 110.

<sup>326</sup> COBO DEL ROSAL, M: *Tratado de Derecho procesal penal...*, op. cit., pág. 416.

<sup>327</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J: “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 7, Núm. 20, Mayo-Agosto 1987, pág. 42.

<sup>328</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J: “La garantía constitucional...”, op. cit., pág. 48.

ello ha sido la necesaria última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por LO 13/2015 de 5 de octubre, por la que se regula, entre otras cosas, las medidas de investigación tecnológicas que se vienen utilizando en la investigación de la delincuencia de acuerdo con los nuevos medios técnicos.

Aunque en el artículo 18.3 CE se mencionan solo las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas, dado el carácter abierto de su enunciado, se entiende que comprende otro tipo de comunicaciones como pueda ser el correo electrónico, chats u otros medios, siempre que se efectúen mediante algún artificio instrumental o técnico. La presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación es indispensable para configurar el ilícito constitucional del precepto; en consecuencia, el levantamiento del secreto por uno de los intervinientes no se consideraría violación del artículo 18.3 CE, sino, en su caso, vulneración del derecho a la intimidad. En este sentido se manifiesta el profesor Moreno Catena al afirmar que “el derecho constitucional ampara a toda persona -física y jurídica- contra todo tipo de intromisiones, por nimias que puedan parecer, en su libre comunicación con los demás; porque el secreto de las comunicaciones, objeto de tutela específica en la norma constitucional, presupone la libertad de las mismas (téngase en cuenta que las restricciones a comunicarse libremente solo resultan lícitas en casos muy concreto). Por consiguiente, se protege la comunicación, no lo comunicado, que podrá ser legítimamente difundido por alguno de los partícipes en la relación informativa, salvo que se afecte a el derecho a la intimidad”<sup>329</sup>.

No obstante, “no cabe la menor duda que el propio precepto constitucional prevé la posibilidad de que, por resolución judicial, se interrumpa o cese la garantía reconocida para el secreto de las comunicaciones”<sup>330</sup>. Siendo la principal garantía de este derecho el hecho de que “tan solo es la autoridad judicial la que viene normativamente facultada para disponer del levantamiento o no del secreto de las comunicaciones”<sup>331</sup>.

---

<sup>329</sup> MORENO CATENA, V/CORTÉS DOMÍNGUEZ, V: *Derecho procesal penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015, pág. 276.

<sup>330</sup> COBO DEL ROSAL, M: *Tratado de Derecho procesal penal...*, op. cit., pág. 416.

<sup>331</sup> COBO DEL ROSAL, M: *Tratado de Derecho procesal penal...*, op. cit., pág. 416.

En este sentido, como señala el Magistrado Excmo. Sr. D. Adolfo Carretero Sánchez, “el Estado tiene derecho a utilizar todos los medios de que disponga para esclarecer los delitos y detener a los culpables con sometimiento al imperio de la Ley”<sup>332</sup>. Reconociendo que “pese a la enorme protección del secreto de las comunicaciones de los ciudadanos, existen delitos que por su gravedad y dificultad de averiguación, precisan sacrificar el citado valor”<sup>333</sup>.

Asimismo, el profesor Gimeno Sendra reconoce dicha posibilidad de injerencia en este derecho fundamental y señala que “la intervención de las comunicaciones, como su nombre indica, consiste en la restricción del derecho fundamental contenido en el art. 18.3 CE de la Constitución Española (CE) efectuada por una resolución judicial motivada, en cuya virtud se autoriza a la policía judicial a entrar en un procedimiento de comunicación personal, con el objeto de conocer y, en su caso, recabar y custodiar una noticia, pensamiento o imagen penalmente relevante para su reproducción en un juicio oral incoado por la comisión de un delito grave”<sup>334</sup>.

Un elemento a tener en cuenta a la hora de proceder a la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones es la repercusión que dicha injerencia puede tener en terceras personas ajenas a la investigación. En este sentido se manifiesta la profesora Bachmaier Winter al afirmar que “a diferencia de otras diligencias sumariales, por la propia esencia de la comunicación, ésta afecta no solo al sospechosos o imputado, sino también a terceros ajenos al proceso penal en la cual se adopta. En el seno de la investigación y esclarecimiento de un hecho delictivo no es infrecuente que se vean afectados los derechos de terceros a través de las diligencias de investigación que se acuerdan en el seno de la instrucción penal”<sup>335</sup>.

---

<sup>332</sup> CARRETERO SÁNCHEZ, A: “Las intervenciones telefónicas”, en Diario La Ley nº 7117, 18 de febrero 2009, ref- D-51, págs. 1575.

<sup>333</sup> CARRETERO SÁNCHEZ, A: “Las intervenciones...”, op. cit., pág. 1576.

<sup>334</sup> GIMENO SENDRA, V: “La intervención de las comunicaciones”, en Diario la Ley nº 7192, 9 de junio 2009, ref. D-210, págs. 1916.

<sup>335</sup> BACHMAIER WINTER, L: “Intervenciones telefónicas y derechos de terceros en el proceso penal”, en Revista de derecho procesal, nº 1-3, 2004. Págs. 42.

El régimen general establece que, para la intervención de este tipo de comunicaciones, será necesario autorización judicial. La resolución judicial que autoriza la medida, o su prórroga, debe expresar, o exteriorizar, tanto las razones fácticas como jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención. Deberá precisarse, con la mayor certeza posible, el objeto de la medida: número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas con determinación del grado de intervención, el tiempo de duración de la intervención (que revestirá un carácter razonable), quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los periodos en los que deba darse cuenta al juez de sus resultados para controlar su ejecución. Se partirá siempre de la existencia de unas sospechas que *"han de fundarse en datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse"*.

Además, como señala el profesor Cobo del Rosal, esta posibilidad de limitación deberá estar prevista de forma expresa por la Ley, esto es, ha de ser “taxativamente diseñada y prevista de forma expresa por la Ley, en cuanto a sus requisitos y condiciones que cimienten su adopción y también en orden a su contenido”<sup>336</sup>.

La protección de este tipo de comunicaciones supone que no podrá interferirse o intervenir la comunicación de cualquier persona, salvo resolución judicial y con las garantías previstas. Sin embargo, en virtud del medio de comunicación elegido se presentan distintos matices.

Así, en las comunicaciones postales y telegráficas se garantiza el secreto de la comunicación y de cualquier dato relativo al envío. Ahora bien, de conformidad con el art. 579 LECrim<sup>337</sup>, el juez podrá acordar la detención de este tipo de comunicaciones

---

<sup>336</sup> COBO DEL ROSAL, M: *Tratado de Derecho procesal penal...*, op. cit., pág. 417.

<sup>337</sup> **Artículo 579 LECrim.-**

*1. El juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para la causa, siempre que la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos:*

- 1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.*
- 2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.*
- 3.º Delitos de terrorismo.*



por un plazo de hasta tres meses prorrogables hasta un máximo de dieciocho. En las comunicaciones telefónicas y telemáticas, se protege no solo lo comunicado, sino también con quién y con qué número se comunica. La nueva regulación de estas comunicaciones se contiene en los arts. 588 bis a) y siguientes de la LECrim. Igualmente, debemos hacer referencia a la captación de imágenes en lugares o espacios públicos y a la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización, regulados en los artículos 588 quinquies a) y 588 quinquies b) LECrim. Al igual que en los supuestos anteriores, deben de ser autorizados por el juez salvo en casos de urgencia que hagan razonablemente temer que, de no colocarse el dispositivo, se frustrará la investigación. En estos casos, la Policía Judicial podrá proceder a su colocación dando cuenta, a la mayor brevedad posible y en todo caso en el plazo máximo de veinticuatro horas, al juez competente que deberá ratificar o revocar la medida adoptada. Aunque estas nuevas medidas, que suponen una injerencia importante en el derecho al secreto de las comunicaciones y que han sido objeto de la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, serán ampliamente analizadas en el próximo capítulo, es importante señalar que en este momento encuentran en los delitos de terrorismo una justificación objetiva dada su gravedad. No obstante, como señalan el Magistrado del Tribunal Supremo, el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena, y el profesor González-Cuellar, “la gravedad objetiva normalmente asociada a los delitos de terrorismo no exonera al órgano jurisdiccional de someter la solicitud de interceptación al filtro de los principios informadores del art. 588 bis a)”<sup>338</sup>. Dichos principios informadores contenidos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal se corresponden con los principios clásicos que deben de respetarse a la hora de proceder a la injerencia

---

*2. El juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales o inferiores periodos hasta un máximo de dieciocho meses, la observación de las comunicaciones postales y telegráficas del investigado, así como de las comunicaciones de las que se sirva para la realización de sus fines delictivos.*

*3. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. Esta medida se comunicará inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida.*

<sup>338</sup> MARCHENA GÓMEZ, M/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N: *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Ed. Castillo de Luna. Madrid. 2015, pág. 221.

en un derecho fundamental, y que venimos analizando en cada uno de los derechos. En este sentido, se refiere a:

- El principio de especialidad que “exige que la decisión jurisdiccional de intervención de las comunicaciones telefónicas o telemáticas esté siempre relacionada con la investigación de un delito concreto cuyos elementos ya se dibujan, al menos, en el plano indiciario”<sup>339</sup>. Lo que implica la prohibición de intervenciones genéricas para el descubrimiento general de posibles infracciones penales.
- El principio de idoneidad que se corresponde con que la medida que se vaya adoptar sea idónea para el fin que se persigue y que así sea explicado en la resolución judicial.
- El principio de excepcionalidad y necesidad que requiere que se lleve a cabo esta injerencia cuando no sean posibles otras medidas menos gravosas e igual de útiles para el esclarecimiento de los hechos o cuando el esclarecimiento del hecho o de circunstancias importantes relacionados con el delito no sea posible o se complique sin el recurso a esta medida.
- El principio de proporcionalidad que implica la prohibición expresa de cualquier exceso. Lo que necesariamente implica que “la adopción y práctica de esta medida llamada a alzar el secreto de las comunicaciones, solo podrá ser reputada legítima cuando no resulte excesiva y concurren los requisitos de legalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad”<sup>340</sup>.

Al igual que en los otros dos derechos anteriormente analizados, la excepción a esta regla la encontramos en la posibilidad prevista en el art. 55.2 CE de levantamiento del secreto de las comunicaciones, sin autorización judicial, en el caso de actuaciones de bandas armadas o elementos terroristas. Como venimos señalado, en el caso de investigaciones por delitos de terrorismo, el artículo 55. 2 CE permite la posibilidad de restringir el secreto de las comunicaciones estableciendo que, en caso de urgencia, la intervención podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la

---

<sup>339</sup> MARCHENA GÓMEZ, M/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N: *La reforma de...*, op. cit., pág. 213.

<sup>340</sup> MARCHENA GÓMEZ, M/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N: *La reforma de...*, op. cit., pág. 215.

Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, el cual revocará o confirmará la medida.

En este sentido, el profesor Vírgala señala que “el artículo 55.2 CE permite la suspensión del art. 18.3 CE, es decir, del derecho al secreto de las comunicaciones, entendida como la posible autorización, establecida mediante Ley Orgánica, a la autoridad gubernativa, en determinados supuestos excepcionales, para intervenir las comunicaciones sin autorización judicial previa, aunque en este caso, al poder prolongarse la intervención en el tiempo, el juez puede revocar la autorización gubernativa”<sup>341</sup>.

No obstante, para la aplicación del art. 55.2 CE será imprescindible que se cumplan con una serie de premisas, “para suspender el derecho del art. 18.3 CE se exigen, por tanto, las siguientes condiciones: la observación de las comunicaciones puede realizarse respecto de personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal por delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, así como de personas de cuyas comunicaciones los anteriores se sirvan para la realización de sus fines delictivos; por decisión del ministro del Interior o, en su defecto, del director de la Seguridad del Estado, en caso de urgencia; y con comunicación motivada inmediata al juez, que en un plazo de setenta y dos horas ha de revocar o confirmar la resolución gubernativa”<sup>342</sup>.

Es importante destacar que el supuesto habilitante para esta injerencia en el derecho fundamental sin autorización judicial previa lo encontramos en esa situación de urgencia derivada de que el objeto de la investigación es un delito de terrorismo. De ahí que “la resolución gubernativa ha de fundarse en la urgencia, es decir, en la obtención de información fidedigna por la policía de que una persona sobre la que existen indicios de responsabilidad criminal por terrorismo va a realizar una comunicación con un tercero en relación con su actividad delictiva y que tal comunicación se va a producir de forma inmediata sin que exista posibilidad temporal de obtener una resolución judicial

---

<sup>341</sup> VÍRGALA FORURIA, E: “La suspensión de derechos por terrorismo...”, op. cit., pág. 114.

<sup>342</sup> VÍRGALA FORURIA, E: “La suspensión de derechos por terrorismo...”, op. cit., pág. 115.

autorizando la observación de dicha comunicación”<sup>343</sup>. Siendo necesario, para el profesor Vírjala, que: “las razones de urgencia han de ser interpretadas restrictivamente”<sup>344</sup>.

## 5.5. Requisitos temporales para la suspensión de derechos

### 5.5.1. Determinación del plazo legal

En lo que respecta a los requisitos temporales para la suspensión de derechos, el art. 55.2 CE no hace ninguna mención expresa a esta cuestión. Ciertamente es que el hecho de hablar de “suspensión”, ya implica un elemento temporal; de lo contrario, debería decir eliminación de derechos.

Este requisito temporal es objeto de desarrollo por Ley Orgánica y su duración dependerá del derecho suspendido, debiendo limitarse al tiempo justo y necesario para los fines investigadores.

En el caso de la prórroga del periodo de detención, el art. 520 bis.1 de la LECrim<sup>345</sup> establece que podrá prolongarse el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un límite máximo de otras 48 horas.

Para los casos de suspensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio, deberá limitarse al momento posterior a la comisión de un delito o al momento en el que se tenga constancia de la presencia de un presunto terrorista en un determinado delito,

---

<sup>343</sup> VÍRGALA FORURIA, E: “La suspensión de derechos por terrorismo...”, op. cit., pág. 116.

<sup>344</sup> VÍRGALA FORURIA, E: “La suspensión de derechos por terrorismo...”, op. cit., pág. 116.

<sup>345</sup> **Artículo 520 bis 1. LECrim.-** *Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención.*

*No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada.*

debiendo tratarse, en todo caso, de una situación de emergencia o puntual a estas circunstancias. Más allá de estos supuestos, se requerirá en todo caso autorización judicial para ello.

En lo referente a la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones, habrá que distinguir los diferentes supuestos en base al objeto de la comunicación que se intercepte. En el caso de correspondencia escrita y telegráfica, el art. 579.1.3º y 2 LECrim<sup>346</sup> establece un plazo de hasta tres meses, prorrogables por iguales o inferiores periodos, hasta un máximo de 18 meses. En el caso de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, así como la utilización de dispositivos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el art. 588 bis e) LECrim<sup>347</sup> establece que la duración de cada una de las medidas será la que se especifique en cada una de ellas, “*no pudiendo exceder el tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos*”.

La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, según lo establecido en el art. 588 ter g) LECrim<sup>348</sup>, podrá ser acordada por una duración máxima de tres meses, a contar desde la fecha de la autorización judicial, con la

---

<sup>346</sup> **Artículo 579.1. LECrim.-** *El juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para la causa, siempre que la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos:*

- 1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.*
- 2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.*
- 3.º Delitos de terrorismo.*

*2. El juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales o inferiores periodos hasta un máximo de dieciocho meses, la observación de las comunicaciones postales y telegráficas del investigado, así como de las comunicaciones de las que se sirva para la realización de sus fines delictivos.*

<sup>347</sup> **Artículo 588 bis e) LECrim.- I.** *Las medidas reguladas en el presente capítulo tendrán la duración que se especifique para cada una de ellas y no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos.*

- 2. La medida podrá ser prorrogada, mediante auto motivado, por el juez competente, de oficio o previa petición razonada del solicitante, siempre que subsistan las causas que la motivaron.*
- 3. Transcurrido el plazo por el que resultó concedida la medida, sin haberse acordado su prórroga, o, en su caso, finalizada ésta, cesará a todos los efectos.*

<sup>348</sup> **Artículo 588 ter g) LECrim.-** *La duración máxima inicial de la intervención, que se computará desde la fecha de autorización judicial, será de tres meses, prorrogables por periodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo de dieciocho meses.*

posibilidad de ser prorrogada por periodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo de 18 meses.

Igualmente, la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y localización, según el art. 588 quinquies c) 1. LECrim<sup>349</sup>, podrá acordarse por una duración máxima de tres meses a contar desde la fecha de la autorización, recogiendo la posibilidad de, excepcionalmente, prorrogar la medida por el mismo o inferior plazo hasta un máximo de dieciocho meses, siempre y cuando estuviera justificado a la vista de los resultados obtenidos con dicha medida.

Por último, la utilización de registros remotos sobre equipos informáticos a través de la instalación de un software, según el art. 588 septies c) LECrim<sup>350</sup>, podrá tener una duración máxima de un mes, prorrogable por iguales periodos hasta un máximo de tres meses.

En relación con este requisito temporal de la suspensión de derechos existe cierta confusión al equiparar el elemento temporal de la medida con el carácter más o menos temporal de la Ley Orgánica de desarrollo del art. 55.2 CE. Esto hizo que determinados sectores de la doctrina criticaran dicho desarrollo vía Ley de Enjuiciamiento Criminal y no vía Ley Orgánica específica, como se venía haciendo hasta LO 4/1988, por considerar que, con su incorporación a la ley procesal, se estaba posibilitando la autorización permanente de una suspensión de derechos individuales que, según los críticos, debería ser temporal. Se confundía, de esta manera, la circunstancia de estar ante una suspensión individual con la de tratarse de una suspensión no permanente.

En este sentido, debemos señalar que el hecho de que dichas medidas sean reguladas por una Ley Orgánica con vigencia indefinida, no influye en la temporalidad de la suspensión de derechos conforme a la situación específica que pretende hacer

---

<sup>349</sup> **Artículo 588 quinquies c) 1. LECrim.-** *La medida de utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización prevista en el artículo anterior tendrá una duración máxima de tres meses a partir de la fecha de su autorización. Excepcionalmente, el juez podrá acordar prórrogas sucesivas por el mismo o inferior plazo hasta un máximo de dieciocho meses, si así estuviera justificado a la vista de los resultados obtenidos con la medida.*

<sup>350</sup> **Artículo 588 septies c) LECrim.-** *La medida tendrá una duración máxima de un mes, prorrogable por iguales periodos hasta un máximo de tres meses.*

frente. La temporalidad se predica de la suspensión efectiva de los derechos, no de la norma jurídica que la ampara. No obstante, el carácter estructural y permanente de la amenaza terrorista, aconsejaron que las medidas específicas para hacerle frente contaran con una regulación específica en el marco de nuestro ordenamiento jurídico, que les diera cierta estabilidad para evitar así tener que recurrir a una normativa de excepción.

El fenómeno del terrorismo ha demostrado no ser algo temporal. De ahí la necesidad de que exista una regulación con vigencia indefinida, no temporal, para combatir este tipo de delincuencia. Como señalábamos anteriormente, en el caso del art. 55.2 CE, no nos encontramos ante una supresión de derechos, sino ante una suspensión temporal del derecho, cuya duración no podrá extenderse más allá de lo establecido en la LO de desarrollo.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (STC 71/1994, de 3 de marzo de 1994 que resuelve recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Fundamento Jurídico nº 3), afirmando que *“la primera conclusión que arroja nuestra propia doctrina, en virtud de una interpretación textual y sistemática del precepto constitucional, por lo que hace al carácter de este instituto, es la de que se trata de un supuesto de “suspensión” de determinados derechos fundamentales, es decir, de situaciones normativas temporales en las que el régimen de determinados derechos fundamentales no es el previsto como regular y ordinario, sino uno distinto, instaurado como respuesta a una amenaza específica al orden democrático, cual es el terrorismo. El reconocimiento del carácter acaso crónico del terrorismo en nuestra sociedad hizo que, ya en 1978, el constituyente previese este instituto como diferente de los tradicionales estados excepcionales, sin, por ello mismo, introducir los condicionamientos temporales específicos propios de dichos estados (art. 55.1 C.E. en conexión con el art. 116, apartados 3 y 4, C.E.). Esta circunstancia, sin embargo, no cambia el carácter último del instituto en cuestión, en el que se recoge un régimen normativo -objetivo y por tanto no únicamente subjetivo-, de suspensión, propiamente dicha, de determinados derechos”*.

## 5.6. Requisitos procedimentales para la suspensión de derechos

### 5.6.1. Con la necesaria intervención judicial

Como regla general, podemos decir que lo más garantista sería una intervención previa de la autoridad judicial que decida sobre la corrección o no de la posterior intervención gubernativa en los derechos fundamentales de una persona. Sin embargo, esto no excluye que, en ciertos casos, para garantizar la efectividad de la medida, sea necesaria una intervención inmediata de la autoridad gubernativa. Esta circunstancia era reconocida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia, tantas veces citada, nº 199/987, para quien la conveniencia de este requisito *“no excluye el que en ciertos casos la efectividad de la suspensión misma requiera una actuación inmediata de la autoridad gubernativa, sin perjuicio de la intervención sucesiva del órgano judicial, de forma que la medida podría ser adoptada provisionalmente por la autoridad judicial”*.

El propio Tribunal Constitucional reconoce que el equilibrio entre la necesidad del control judicial y la suspensión de derechos contenida en el art. 55.2 no es siempre fácil, resaltando que *“se trata de un tema particularmente complejo, dada la difícil compatibilidad, puesta de relieve por la doctrina, entre la suspensión de los derechos previstos en los arts. 17.2 y 18.2 y 3 de la Constitución y el mantenimiento de una intervención judicial, calificada como «necesaria» en cada uno de dichos supuestos de suspensión. No cabe sacrificar enteramente ninguno de los dos contenidos del art. 55.2 de la Constitución, ya sea la necesaria intervención judicial a la suspensión, ya sea esta última a la primera, pues la Constitución trata de hacer compatibles la suspensión de los derechos y la intervención judicial al respecto. Nos encontramos en un supuesto característico de aplicación del llamado «principio de concordancia práctica» que impone tratar de hacer compatible la suspensión de los derechos y la intervención judicial. Quiere ello decir que el respeto a la fuerza normativa de la Constitución exigiría mantener toda la eficacia posible de la intervención judicial que fuera compatible con la voluntad, también de la Constitución, de posibilitar una suspensión singular de estos derechos, teniendo en cuenta, además, que la finalidad del precepto es hacer posible esa suspensión, imponiendo, complementariamente y como garantía de esa suspensión, una intervención judicial que ha de hacerse en todo caso compatible con aquélla. Ello supone que en último extremo, pero sólo en último extremo, la*



*«necesaria intervención judicial», debe modalizarse para asegurar la posibilidad de la suspensión»<sup>351</sup>.*

La diferente naturaleza de cada derecho fundamental susceptible de suspensión, obliga a un diverso tratamiento de este requisito de la necesaria intervención judicial en función de cada uno de ellos.

#### a) Prolongación del plazo de detención

Para la adopción de esta medida se requiere, en todo caso, la previa autorización judicial. El art. 17.2 CE<sup>352</sup> establece en la detención preventiva un plazo máximo de setenta y dos horas como límite *“para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”*, transcurrido el cual, el detenido ha de *“ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”*.

En este caso, la suspensión de la que habla el art. 55.2 CE solo puede consistir en la prolongación del citado plazo máximo de detención, de forma que dicha prolongación *“no puede iniciarse ni llevarse a cabo, de acuerdo a los arts. 17.2 y 55.2 de la Constitución, sin una previa y expresa autorización judicial”* (STC 199/1987, FJ 8º), es decir, con resolución judicial anterior a la setenta y dos horas desde el inicio de la detención.

La posibilidad de dicha prórroga, para el caso de las personas detenidas por su relación con delitos de terrorismo, viene regulada en el art. 520 bis LECrim<sup>353</sup>. En este

---

<sup>351</sup> STC nº 188/1987, de 16 de diciembre. Fundamento Jurídico nº 7.

<sup>352</sup> **Artículo 17 CE.-**

2. *La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.*

<sup>353</sup> **Artículo 520 bis LECrim.-**

1. *Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención.*

*No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada*

caso se permite la prolongación de la detención por un plazo de cuarenta y ocho horas, para lo que deberá solicitarse autorización judicial en las 48 horas siguientes al momento de la detención y autorizada por el juez en las 24 horas siguientes.

En este sentido se manifiesta el profesor Banacloche al destacar que “las averiguaciones policiales que se realizan nada más practicar la detención son extraordinariamente importantes, hasta el punto de originar una ampliación del plazo de duración de la detención preventiva que señala la Constitución”<sup>354</sup>.

No obstante, dicha medida requiere necesariamente de una expresa autorización judicial. Como acertadamente señala el profesor Vírgala, “el art. 17.2 CE establece en la detención preventiva un plazo máximo de setenta y dos horas como límite “para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”, transcurrido el cual, el detenido ha de “ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”. En este caso, la suspensión de la que habla el art. 55.2 CE solo puede consistir en la prolongación del citado plazo máximo de la detención, de forma que dicha prolongación “no puede ni iniciarse ni llevarse a cabo, de acuerdo a los arts. 17.2 y 55.2 de la Constitución, sin una previa y expresa autorización judicial”, es decir, con resolución judicial anterior a las setenta y dos horas desde el inicio de la detención”<sup>355</sup>.

#### b) Entrada y registro domiciliario

Para la adopción de esta medida no se requiere autorización judicial previa, pero sí que se exige una comunicación posterior inmediata al juez competente. El art. 55.2

---

*por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada.*

*2. Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decreta su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el Juez hubiere dictado la resolución pertinente.*

*3. Durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste.*

<sup>354</sup> BANACLOCHE PALAO, J: *La libertad personal y...*, op. cit., pág. 329.

<sup>355</sup> VÍRGALA FORURIA, E: “La suspensión de derechos por terrorismo...”, op. cit., pág. 94.

CE permite la suspensión del art. 18.2 CE<sup>356</sup>, es decir, del derecho a la inviolabilidad del domicilio, capacitando a la autoridad gubernativa, en determinados supuestos específicos, para entrar en un domicilio sin autorización judicial previa, aunque sí con la necesaria comunicación posterior al juez competente, ya que, como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 199/1987, FJ 9º), “*el art. 55.2 solo habilita al legislador a modificar la intervención judicial en la entrada y registro de domicilio, pero no a suprimirla de raíz*”.

Los casos en los que se autoriza la entrada y registro en un domicilio sin la previa autorización judicial se regulan en el art. 553 LECrim<sup>357</sup>, estableciéndose como uno de los supuestos para esta suspensión del derecho los casos en los que los refugiados en alguna casa o domicilio sean responsables de acciones terroristas. Como señala la profesora Lamarca, en este caso la suspensión del derecho consiste “en una suspensión de la garantía judicial, y no tendría ningún sentido que la intervención del Juez fuese anterior al hecho mismo de la entrada y registro”<sup>358</sup>. No obstante, esta autorización a entrar en un domicilio sin autorización judicial previa sí que obliga a “la necesaria comunicación posterior al juez”<sup>359</sup> justificando la adopción de dicha medida e informando del resultado de la misma.

En este sentido, como indica la profesora Cabezudo Bajo, se limita la garantía de la autorización judicial previa postergándola a un momento posterior para los casos en

---

<sup>356</sup> **Artículo 18.2 CE.-** *El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.*

<sup>357</sup> **Artículo 553LECrim.-**

*Los Agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido.*

*Del registro efectuado, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al Juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos.*

<sup>358</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 419.

<sup>359</sup> VÍRGALA FORURIA, E: “La suspensión de derechos por terrorismo...”, op. cit., pág. 105.

los que una situación urgente y excepcional así lo requiera. De esta manera, “junto a la genérica suspensión de algunos derechos en los supuestos de estados de excepción y sitio, el artículo 55.2 CE ha previsto la suspensión del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio respecto de aquellas personas relacionadas con bandas armadas y terroristas, que introdujo el artículo 553 LECrim. De conformidad con los preceptos señalados, el legislador ha resuelto el conflicto entre la efectiva suspensión del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y la exigencia de la resolución judicial prevista en los artículo 18.2 y 55.2 CE, en el sentido de que, si bien no cabe obviar la garantía de la resolución judicial, puede, sin embargo, modularse dicha intervención. Así pues, se ha establecido un régimen de protección constitucional del domicilio diferente al previsto en el artículo 18.2 CE y respetuoso con dicho precepto, en la medida en que se cumple con una doble condición, cual es, de un lado, una excepcional y urgente necesidad, como condición necesaria para excepcionar el requisito de la previa resolución judicial y, de otro, un control judicial posterior”<sup>360</sup>. En esta misma línea se manifiesta el profesor Hinojosa Segovia al afirmar que “estos casos excepcionales, que han de ser interpretados restrictivamente, no son ajenos, sin embargo, a la intervención judicial. Aunque tal intervención tiene lugar a posteriori, no se limita a la mera recepción de información, sino que el Juez conserva todas las facultades que el ordenamiento le reconoce para la adopción de las medidas y decisiones que estime pertinentes al respecto y, desde luego, la de verificar si las circunstancias del caso han justificado la penetración en el domicilio sin la previa autorización judicial”<sup>361</sup>.

Es importante destacar que, aunque “resulta constitucionalmente admisible que, en estos casos, se debiliten las garantías exigibles en el artículo 18.2 CE, como la relativa a la resolución judicial, en aras de la consecución de los fines que se persiguen con la lucha contra el terrorismo”<sup>362</sup>, esta posibilidad de entrada y registro en un domicilio sin autorización judicial no opera en todos los supuestos en los que se vaya a proceder a la detención de un presunto terrorista, sino que “la jurisprudencia ha

---

<sup>360</sup> CABEZUDO BAJO, M.J: *La inviolabilidad del domicilio...*”, op. cit., pág. 55.

<sup>361</sup> HINOJOSA SEGOVIA, R: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*. Ed. Editoriales de Derecho reunidas. EDERSA. 1996, pág. 44.

<sup>362</sup> CABEZUDO BAJO, M.J: *La inviolabilidad del domicilio...*”, op. cit., pág. 57.

entendido que la medida tiene cobertura en el art. 18.2 CE cuando se esté ante “una persecución en caliente e ininterrumpida” (STS núm. 1953/2000, de 19 de diciembre)”<sup>363</sup>, para el resto de caso de detención de personas relacionadas con grupos o elementos terroristas se requerirá de una autorización judicial previa.

### c) Interceptación de las comunicaciones

Para la adopción de esta medida, se requiere autorización judicial, salvo en casos de emergencia, cuando se trate de investigaciones relacionadas con delitos de terrorismo, que podrán ser autorizadas por la autoridad gubernativa correspondiente pero con inmediata comunicación al Juez competente que deberá ratificar o revocar la medida.

El artículo 55.2 permite la suspensión del art. 18.3 CE<sup>364</sup>, es decir, el derecho al secreto de las comunicaciones, entendida como la posible autorización a la autoridad gubernativa, en determinados supuestos específicos, para intervenir las comunicaciones sin autorización judicial previa, aunque con la obligación de la inmediata comunicación al Juez competente que deberá confirmar dicha medida. En todo caso, la posibilidad de prórroga de dicha medida sí que deberá contar con la correspondiente autorización judicial.

La posibilidad de suspensión de este derecho viene regulado en el art. 579 LECrim<sup>365</sup>, que prevé la facultad del Ministerio del Interior de adoptar esta medida, o en

---

<sup>363</sup> BANACLOCHE, J/ZARZALEJOS, J: *Aspectos fundamentales...*, pág. 187.

<sup>364</sup> **Artículo 18. 3 CE.**- *Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.*

<sup>365</sup> **Art. 579 LECrim.-**

*1. El juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para la causa, siempre que la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos:*

*1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.*

*2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.*

*3.º Delitos de terrorismo.*

*(...)*

*2. El juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales o inferiores períodos hasta un máximo de dieciocho meses, la observación de las comunicaciones postales y telegráficas del investigado, así como de las comunicaciones de las que se sirva para la realización de sus fines delictivos.*

su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad, en caso de emergencia, cuando se trate de investigaciones relacionadas con delitos de terrorismo, debiendo ser comunicada de inmediato el juez competente que deberá confirmarla o revocarla.

Para la profesora Lamarca esta “suspensión del art. 18.3 CE no supone propiamente una privación de la garantías judicial o, al menos, esto solo de un modo muy limitado. Lo que implica es una ampliación de los supuestos contemplados en la legislación ordinaria y un repliegue de las facultades judiciales. De un lado, porque la medida no se aplica a personas procesadas, ni siquiera a personas sospechosas de haber cometido un delito, sino incluso a quienes involuntariamente entran en algún tipo de relación con presuntos terroristas; de otra parte, porque el protagonismo del Juez es sustituido por el de la policía durante el periodo de observación”<sup>366</sup>. La profesora Lamarca hace esta consideración porque si bien es cierto que la Ley garantiza que el Juez deberá de ser puntualmente informado y puede revocar la intervención, la Ley no indica el momento en el que deberá procederse dicha comunicación por parte de la autoridad policial. Actualmente la Ley especifica que, en los casos de urgencia en los que la medida sea acordada por la autoridad policial, esta deberá de ser inmediatamente comunicada al Juez instructor competente y en todo caso en un plazo de 24 horas, limitándose a esas 24 horas el plazo en el que la autoridad gubernativa podrá realizar una intervención de comunicaciones sin el pertinente consentimiento del juez.

---

3. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. Esta medida se comunicará inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida.

4. No se requerirá autorización judicial en los siguientes casos:

a) Envíos postales que, por sus propias características externas, no sean usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías o en cuyo exterior se haga constar su contenido.

b) Aquellas otras formas de envío de la correspondencia bajo el formato legal de comunicación abierta, en las que resulte obligatoria una declaración externa de contenido o que incorporen la indicación expresa de que se autoriza su inspección.

c) Cuando la inspección se lleve a cabo de acuerdo con la normativa aduanera o proceda con arreglo a las normas postales que regulan una determinada clase de envío.

5. La solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa.

<sup>366</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., págs.. 423.

## CAPÍTULO 6 - MEDIDAS ESPECÍFICAS LIMITADORAS DE DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES EN MATERIA DE TERRORISMO

### 6.1. Medidas penales: los tipos específicos relativos al terrorismo

La tipificación de los delitos de terrorismo en el Código Penal se ha ido adaptando a medida que ha ido evolucionando la amenaza terrorista. Reformas del Código Penal como la del año 2000, en relación con el artículo 577, referentes a las diferentes formas de terrorismo urbano y la responsabilidad penal de los menores; la del 2003, sobre el cumplimiento íntegro y efectivo de las condenas; y las dos últimas, 2010 y 2015, referidas a las nuevas conductas delictivas relacionadas con el terrorismo de corte yihadista, evidencian la necesidad de adaptación del marco legislativo para hacer frente, de la manera más adecuada, a un fenómeno en constante evolución.

Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobaba el Código Penal, seis han sido las reformas del Código Penal de interés en lo que a la legislación antiterrorista se refiere. La aprobación del Código Penal de 1995 supuso el colofón al proceso iniciado en 1988, con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para la incorporación de la regulación referente a los delitos de terrorismo y su persecución al ordenamiento jurídico común<sup>367</sup>. Con este nuevo texto, se pasaba de la regulación escueta, y dentro del Capítulo XII “*de la tenencia y depósito de armas o municiones y de los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos*” del Código Penal de 1973, a un mayor desarrollo de los tipos penales referentes a los delitos de terrorismo incluidos en un Capítulo propio, el V, referido únicamente a los “*Delitos de terrorismo*”. Asimismo, se suprimía del Código Penal el beneficio penitenciario de reducir condena por trabajos realizados en prisión<sup>368</sup>, de la que empezaban a beneficiarse sanguinarios terroristas que veían la posibilidad de reducir sus abultadas condenas prácticamente a la mitad, limitándose su estancia en prisión a una docena de años.

---

<sup>367</sup> TERRADILLOS BASOCO, J: Terrorismo y derecho. Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pág. 13.

<sup>368</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, JL: “La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003”, en Revista Electrónica de Ciencia Pena y Criminología. RECPC 08-07 (2006), pág. 7.

Con el paso de los años, este texto de 1995 ha sufrido múltiples modificaciones destacando, en lo que a los delitos de terrorismo se refiere, seis reformas principalmente<sup>369</sup>.

En primer lugar, debemos destacar la realizada por Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, en relación con los delitos de terrorismo y la responsabilidad penal de los menores. Esta reforma supuso la modificación del artículo 577, referente al denominado “terrorismo urbano”, que pasaba a tipificar las acciones de los que, sin pertenecer a banda armada, comparten sus fines y contribuyen a subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública<sup>370</sup>. Asimismo, se incluía un nuevo tipo penal en el artículo 578, referente a los actos de enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo y de sus autores, así como, a los actos que supongan humillación o menosprecio a sus víctimas o a sus familiares<sup>371</sup>. Finalmente, se introducía una modificación de la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores, a los efectos de reforzar la aplicación de estos preceptos a los menores implicados en delitos de terrorismo<sup>372</sup>.

La tipificación de estas conductas en el Código Penal supuso un gran avance en lo que a la lucha contra el terrorismo se refiere. La inclusión en el Código Penal de las acciones correspondientes con la “violencia callejera” o “terrorismo urbano”, unida a la reforma de la Ley Orgánica de responsabilidad penal de menores -que supuso la aplicación de este nuevo precepto adaptado a la Ley de menores y el establecimiento de la responsabilidad civil subsidiaria de los padres por los daños materiales ocasionados por sus hijos- hicieron que este tipo de terrorismo, denominado por algunos como “de baja intensidad”, descendiera considerablemente.

---

<sup>369</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “El Derecho Penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas”, en GÓMEZ COLOMER, J.L./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2006, págs. 111-121.

<sup>370</sup> CANCIO MELIÁ, M.: “‘Derecho penal’ del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, en *Jueces para la democracia*, ISSN 1133-0627, N° 44, 2002, pág. 19.

<sup>371</sup> PORTERO DE LA TORRE, L./PORTERO DE LA TORRE, R: *Estudio jurídico de los delitos tipificados en el artículo 578 del Código Penal*. Ed. Dilex. 2014, pág. 21.

<sup>372</sup> LAMARCA PÉREZ, C: “Legislación penal antiterrorista: análisis crítico y propuestas”, en *Revista Azpilcueta 20*, Fundación Euskalmedia. 2008, pág. 208.



En lo que se refiere al art. 578, que tipificaba el delito de enaltecimiento del terrorismo, no fue hasta 2006 cuando la Audiencia Nacional tuvo que pronunciarse por primera vez sobre este tipo penal. La escueta regulación del tipo ha hecho que este delito se haya ido definiendo jurisprudencialmente por el Tribunal Supremo, que ha marcado una clara línea divisoria entre la libertad de expresión y lo que se ha denominado “el discurso del odio”. En una reciente Sentencia de dos de noviembre de 2016, nº 820/2016, y tras realizar un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y el propio Supremo sobre el denominado ‘discurso del odio’ (alabanza o justificación de actos terroristas), estableció que:

*“En conclusión, tomando en consideración la jurisprudencia de este Tribunal sobre la incidencia de las manifestaciones del denominado discurso del odio en el derecho a la libertad de expresión -que está en línea con la preocupación que a nivel internacional y regional se ha desarrollado en relación con la necesidad de sancionar penalmente las conductas de provocación a la comisión de delitos terroristas y la eventual incidencia que ello podría tener sobre el derecho a la libertad de expresión y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular-, hay que concluir que la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el art. 578 -"el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código [delitos de terrorismo] o de quienes hayan participado en su ejecución"- supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades”.*

Cierto es que en relación con este tipo penal las redes sociales vienen jugando un papel relevante en los últimos años sirviendo de altavoz para muchos de estos mensajes, lo que ha hecho que la actividad de la Audiencia Nacional referente al enjuiciamiento de este tipo de delitos se haya visto incrementada considerablemente.

En 2003 se llevaron a cabo tres importantes reformas en lo que a delitos de terrorismo se refiere<sup>373</sup>: la primera de ellas, por la Ley Orgánica 7/2003, de 22 de julio, de reforma del Código Penal para el cumplimiento íntegro y efectivo de las condenas. En esta reforma se introducían toda una serie de modificaciones destinadas a que los terroristas cumplieran íntegramente las condenas que les eran impuestas en las sentencias, o, al menos, el límite máximo legal establecido. Entre estas modificaciones destacarían, la modificación de los máximos de la pena de prisión, pudiendo llegar incluso a los 40 años, prevista en el artículo 76 del Código Penal, y el establecimiento de la totalidad de las penas impuestas en sentencia, como referencia para el cómputo del tiempo para la concesión de beneficios penitenciarios, permisos de salida, la clasificación en tercer grado y la posible concesión de la libertad condicional (artículo 78 del Código Penal)<sup>374</sup>. En segundo lugar, por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, se modificó el artículo 48 del Código Penal, ampliando el plazo de la pena de alejamiento y no aproximación a la víctima hasta diez años. Y por último, por la Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, se modificó el artículo 576 bis a los efectos de castigar la concesión de fondos o bienes de naturaleza pública, subvenciones o ayudas públicas a asociaciones o partidos políticos disueltos o suspendidos por su vinculación con organizaciones terroristas. Esta reforma fue derogada por Ley Orgánica 2/2005, de 22 de julio<sup>375</sup>.

Si alguna Ley destaca por su importancia y trascendencia, en lo que a la lucha contra el terrorismo se refiere, es la reforma del Código Penal para el cumplimiento íntegro y efectivo de las condenas de 2003. Como hemos señalado anteriormente, esta reforma pretendía acabar con una situación, a todas luces injusta, que era el hecho de que sanguinarios terroristas, condenados a cientos de años de prisión por múltiples asesinatos, salieran de la cárcel habiendo cumplido apenas trece o catorce años de prisión. El principal efecto de esta reforma fue la ampliación de la estancia en prisión de los terroristas casi al doble. Lo que supuso un duro golpe para el estado anímico de los

---

<sup>373</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L: “El Derecho Penal frente al terrorismo...”, op. cit., págs.. 114-115.

<sup>374</sup> CARBONELL MATEU, J.C: “Terrorismo: Algunas reflexiones sobre el concepto y el tratamiento penal”, en GÓMEZ COLOMER, J.L/GONZÁLEZ CUSSAC, J.L: *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2006, págs. 54-55.

<sup>375</sup> LAMARCA PÉREZ, C: “Legislación penal antiterrorista...”, op. cit., pág. 208.

presos terroristas que veían esfumarse sus posibilidades de una pronta excarcelación. Asimismo, se ofrecía una solución más justa a las propias víctimas, pero también a la sociedad española en su conjunto que venía reclamando acabar con esta situación injusta.

Finalmente, debemos destacar las dos últimas reformas del Código Penal que, en materia de terrorismo, se han llevado a cabo: la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo. Ante la evolución del fenómeno terrorista, y la aparición con más fuerza de la amenaza del terrorismo de naturaleza yihadista, en 2010 se vio necesario adaptar los tipos penales referentes a los delitos de terrorismo a esta nueva forma de criminalidad. Mientras que en el terrorismo que veníamos conociendo hasta ahora primaban los conceptos de organización, estructura y estabilidad; en esta nueva manifestación de la criminalidad terrorista se da mayor importancia a la figura del terrorista o de la célula yihadista independiente, que se sirve de las nuevas tecnologías y de las redes sociales para entablar contacto con terroristas de cualquier parte del mundo sin necesidad de formar parte de una estructura jerárquica y organizada.

Esto obligó a que, necesariamente, los tipos penales se adaptaran a estas nuevas circunstancias y se procediera a la modificación del Código Penal por medio de la Ley Orgánica 5/2010. En la citada Ley Orgánica, se introdujeron modificaciones tanto en la parte general como en la parte especial<sup>376</sup>. De esta manera, dos eran las novedades introducidas en la parte general referentes a la introducción de la figura de la libertad vigilada como medida de seguridad a acordar en sentencia y para aplicarse una vez se haya cumplido la pena (artículo 106)<sup>377</sup>; y a la declaración de imprescriptibilidad para los delitos de terrorismo que hayan causado la muerte de, al menos, una persona (artículo 131)<sup>378</sup>. En lo que respecta a la parte especial, debemos destacar la supresión

---

<sup>376</sup> LLOBET ANGLÍ, M: *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*. La Ley. 2010.

<sup>377</sup> SANTANA VEGA, D: “La pena de libertad vigilada en delitos de terrorismo”, en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX. 2009, págs.. 447-488.

<sup>378</sup> FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A: “La imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo”, en MASFERRER, A (coord.): *Estado de derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo: una aproximación multidisciplinar (histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica)* Ed. Aranzadi. Navarra. 2011, págs. 593-610.

del término “banda terrorista” en los artículos 515.2 y 516; y la definición, en el artículo 571, de las características que singularizan las organizaciones y grupos terroristas, especificando la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Asimismo, este artículo distingue entre los que son simplemente integrantes de quienes promueven o dirigen la organización o grupo terrorista. En el artículo 576, se procede a la ampliación de las modalidades de colaboración terrorista, incluyendo el organizar prácticas de entrenamiento o asistencia a ellas. En este sentido, en palabras del Ilmo. Sr. D. Eloy Velasco, titular del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional, *“se trata de conductas de peligro abstracto en que el legislador adelanta su barrera de protección y que deben de estar desligadas de una actividad terrorista específica, ya que de lo contrario, nos hallaríamos ante una cooperación necesaria del art. 28”*<sup>379</sup>. Igualmente, se añaden conductas que, hasta la fecha, habían planteado dificultades de encaje legal como la captación, el adoctrinamiento, el adiestramiento o la formación, dirigida a la incorporación de otros a una organización o grupo terrorista, o a la perpetración de cualquiera de los delitos previstos como terroristas. Por último, destacamos el artículo 576 bis y la tipificación de una serie de conductas como delitos de financiación del terrorismo, así como la posibilidad de la comisión de este delito por imprudencia grave en el caso de aquellas personas con una responsabilidad específica para evitarlos.

En este sentido, y como veremos en el próximo capítulo, esta reforma era necesaria a los efectos de adaptar los tipos penales a las nuevas formas de terrorismo. Desde un punto de vista cuantitativo, el elevado número de absoluciones por parte de la Audiencia Nacional en relación con acusados por delitos de terrorismo de corte yihadista hacía imprescindible una reforma del ordenamiento jurídico. La adecuación de este marco normativo ha hecho que paulatinamente ese elevado porcentaje de absoluciones haya ido disminuyendo en los últimos años.

Esta reforma se ha visto recientemente completada por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, que entró en vigor el 1 de julio de 2015. Siguiendo la senda iniciada con la de 2010, ha supuesto la reforma más profunda efectuada al Código Penal, en lo

---

<sup>379</sup> VELASCO NÚÑEZ, E: “La reforma del Código Penal en materia de terrorismo operada por LO 5/2010”, en Elderecho.com, 7/4/2011.

que a delitos de terrorismo se refiere, desde su aprobación<sup>380</sup>. De acuerdo con su Exposición de Motivos, la justificación de la citada modificación la encontramos en la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas nº 2178, aprobada el 24 de septiembre de 2014, y en “*la honda preocupación de la comunidad internacional por el recrudecimiento de la actividad terrorista y por la intensificación del llamamiento a cometer atentados en todas las regiones del mundo*”. Con dicha Resolución, el Consejo de Seguridad recuerda a todos los Estados miembros el compromiso, adquirido anteriormente en la Resolución 1373 (2001), de velar por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo, o preste apoyo a esos actos; y les exhorta a que se cercioren de que sus leyes internas tipifiquen adecuadamente las nuevas conductas surgidas a raíz de la actual amenaza terrorista de naturaleza yihadista.

Por medio de esta Ley Orgánica se introduce una amplia modificación del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal: “*De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo*”. Aunque desde un punto de vista de mejora técnica se modifican prácticamente todos los artículos del capítulo, desde un punto de vista del fondo, cabe destacar algunas modificaciones.

En primer lugar, una nueva definición del delito de terrorismo, de acuerdo con la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008, ampliando el elenco de finalidades terroristas. A las ya recogidas con anterioridad (subvertir el orden constitucional, suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacer y alterar gravemente la paz pública), se añaden otras, como las de desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional y provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella. (Art 573). Asimismo, en este artículo 573<sup>381</sup> se incluye la

---

<sup>380</sup> CAMPO MORENO, J.C: *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: la LO 2/2015*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015.

<sup>381</sup> **Artículo 573 Código Penal.-**

*1. Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el*

consideración de delito de terrorismo a los delitos informáticos que se cometieran con alguna de las finalidades anteriormente descritas.

Se introduce expresamente en el art. 574<sup>382</sup>, que tipifica el depósito de armas, la mención a armas químicas o biológicas, así como la manipulación de materiales nucleares, elementos radiactivos o materiales o equipos productores de radiaciones ionizantes.

Igualmente, en el artículo 575<sup>383</sup>, referente al adoctrinamiento o adiestramiento militar, a los casos en los que ese adiestramiento provenga de un tercero, ya tipificados

*presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:*

- 1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.*
  - 2.ª Alterar gravemente la paz pública.*
  - 3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.*
  - 4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.*
- 2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior.*
- 3. Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo.*

#### <sup>382</sup> **Artículo 574 Código Penal.-**

- 1. El depósito de armas o municiones, la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma, y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados, serán castigados con la pena de prisión de ocho a quince años cuando los hechos se cometan con cualquiera de las finalidades expresadas en el apartado 1 del artículo 573.*
- 2. Se impondrá la pena de diez a veinte años de prisión cuando se trate de armas, sustancias o aparatos nucleares, radiológicos, químicos o biológicos, o cualesquiera otros de similar potencia destructiva.*
- 3. Serán también castigados con la pena de diez a veinte años de prisión quienes, con las mismas finalidades indicadas en el apartado 1, desarrollen armas químicas o biológicas, o se apoderen, posean, transporten, faciliten a otros o manipulen materiales nucleares, elementos radioactivos o materiales o equipos productores de radiaciones ionizantes.*

#### <sup>383</sup> **Artículo 575 Código Penal.-**

- 1. Será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años quien, con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo, reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones.*
  - 2. Con la misma pena se castigará a quien, con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior.*
- Se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o*

en 2010, se incorpora la tipificación de los supuestos en los que se lleva a cabo por sí mismo.

En el artículo 576<sup>384</sup>, se mantiene la tipificación de cualquier conducta que suponga financiación del terrorismo, estableciendo, expresamente, la posibilidad de la comisión por imprudencia grave en el caso de aquellas personas que, por su trabajo, estuvieran específicamente sujetas por la ley a colaborar para evitar este tipo de conductas.

En el art. 577<sup>385</sup>, se incorpora al catálogo de conductas tipificadas como de colaboración con organización, grupo o elemento terrorista, junto con la organización

---

*en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español.*

*Asimismo se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.*

*3. La misma pena se impondrá a quien, para ese mismo fin, o para colaborar con una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista.*

#### <sup>384</sup> **Artículo 576 Código Penal.-**

*1. Será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años y multa del triple al quintuplo de su valor el que, por cualquier medio, directa o indirectamente, recabe, adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo.*

*2. Si los bienes o valores se pusieran efectivamente a disposición del responsable del delito de terrorismo, se podrá imponer la pena superior en grado. Si llegaran a ser empleados para la ejecución de actos terroristas concretos, el hecho se castigará como coautoría o complicidad, según los casos.*

*3. En el caso de que la conducta a que se refiere el apartado 1 se hubiera llevado a cabo atentando contra el patrimonio, cometiendo extorsión, falsedad documental o mediante la comisión de cualquier otro delito, éstos se castigarán con la pena superior en grado a la que les corresponda, sin perjuicio de imponer además la que proceda conforme a los apartados anteriores.*

*4. El que estando específicamente sujeto por la ley a colaborar con la autoridad en la prevención de las actividades de financiación del terrorismo dé lugar, por imprudencia grave en el cumplimiento de dichas obligaciones, a que no sea detectada o impedida cualquiera de las conductas descritas en el apartado 1 será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista en él.*

#### <sup>385</sup> **Artículo 577 Código Penal.-**

*1. Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una organización, grupo o elemento terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo.*

*En particular son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos, y cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda a las actividades de las organizaciones o grupos terroristas, grupos o personas a que se refiere el párrafo anterior.*

de prácticas de entrenamiento a la asistencia a ellas tipificadas en 2010, la prestación de servicios tecnológicos a organización, grupo o elemento terrorista.

En lo que respecta al delito de enaltecimiento del terrorismo y/o humillación a las víctimas, tipificado en el art. 578<sup>386</sup>, se incorpora el agravamiento de la pena en los

---

*Cuando la información o vigilancia de personas mencionada en el párrafo anterior ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas se impondrá la pena prevista en este apartado en su mitad superior. Si se produjera la lesión de cualquiera de estos bienes jurídicos se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos.*

*2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán a quienes lleven a cabo cualquier actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo.*

*Asimismo se impondrán estas penas a los que faciliten adiestramiento o instrucción sobre la fabricación o uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre métodos o técnicas especialmente adecuados para la comisión de alguno de los delitos del artículo 573, con la intención o conocimiento de que van a ser utilizados para ello.*

*Las penas se impondrán en su mitad superior, pudiéndose llegar a la superior en grado, cuando los actos previstos en este apartado se hubieran dirigido a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección o a mujeres víctimas de trata con el fin de convertirlas en cónyuges, compañeras o esclavas sexuales de los autores del delito, sin perjuicio de imponer las que además procedan por los delitos contra la libertad sexual cometidos.*

*3. Si la colaboración con las actividades o las finalidades de una organización o grupo terrorista, o en la comisión de cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se hubiera producido por imprudencia grave se impondrá la pena de prisión de seis a dieciocho meses y multa de seis a doce meses.*

#### <sup>386</sup> **Artículo 578 Código Penal.-**

*1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57.*

*2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información.*

*3. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.*

*4. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación se acordará la retirada de los contenidos.*

*Si los hechos se hubieran cometido a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet o de servicios de comunicaciones electrónicas, el juez o tribunal podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos. Subsidiariamente, podrá ordenar a los prestadores de servicios de alojamiento que retiren los contenidos ilícitos, a los motores de búsqueda que supriman los enlaces que apunten a ellos y a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que impidan el acceso a los contenidos o servicios ilícitos siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:*

- a) Cuando la medida resulte proporcionada a la gravedad de los hechos y a la relevancia de la información y necesaria para evitar su difusión.*
- b) Cuando se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a los que se refieren los apartados anteriores.*



casos en los que los hechos “*resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad*”, así como la posibilidad de que el juez (con carácter cautelar durante la instrucción) o el tribunal (de manera definitiva en sentencia), acuerden la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito.

En el art. 579<sup>387</sup>, se incorpora el castigo a la difusión del mensaje terrorista a los demás actos de provocación, conspiración y proposición para cometer delitos, que ya venían siendo tipificados con anterioridad.

En el art. 579 bis<sup>388</sup>, junto a la regulación de la pena accesoria de inhabilitación absoluta, se incorpora la inhabilitación especial para empleo u oficio educativos, así

---

*5. Las medidas previstas en el apartado anterior podrán también ser acordadas por el juez instructor con carácter cautelar durante la instrucción de la causa.*

<sup>387</sup> **Artículo 579 Código Penal.-**

- 1. Será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito de que se trate el que, por cualquier medio, difunda públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo.*
- 2. La misma pena se impondrá al que, públicamente o ante una concurrencia de personas, incite a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo, así como a quien solicite a otra persona que los cometa.*
- 3. Los demás actos de provocación, conspiración y proposición para cometer alguno de los delitos regulados en este Capítulo se castigarán también con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda respectivamente a los hechos previstos en este Capítulo.*
- 4. En los casos previstos en este precepto, los jueces o tribunales podrán adoptar las medidas establecidas en los apartados 4 y 5 del artículo anterior.*

<sup>388</sup> **Artículo 579 bis Código Penal.-**

- 1. El responsable de los delitos previstos en este Capítulo, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, será también castigado, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente, con las penas de inhabilitación absoluta, inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en los ámbitos docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia.*
- 2. Al condenado a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se le impondrá además la medida de libertad vigilada de cinco a diez años, y de uno a cinco años si la pena privativa de libertad fuera menos grave. No obstante lo anterior, cuando se trate de un solo delito que no sea grave, y su autor hubiere delinquido por primera vez, el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada, en atención a su menor peligrosidad.*
- 3. En los delitos previstos en este Capítulo, los jueces y tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito, o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación*

como la medida de libertad vigilada para el condenado por uno o más delitos que lleven aparejados pena grave privativa de libertad. Asimismo, se incluye la posibilidad de que los jueces o tribunales puedan apreciar un atenuante en la pena para los casos en los que se colabore activamente para impedir la producción del delito, o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas o captura de otros responsables, así como cuando consideren que el hecho, objetivamente, es de menor gravedad *“atendidos los medios empleados o el resultado producido”*.

Y por último, en el art. 580<sup>389</sup>, se incorpora la asimilación de condenas de un juez o tribunal extranjero por delitos de terrorismo a los efectos de la aplicación de la agravante de reincidencia.

Aún, son pocos los casos en los que la Audiencia Nacional ha procedido a la aplicación de esta nueva regulación. Sin embargo, si que es importante destacar la primera condena (Sentencia nº 39/2016, de 30 de noviembre, de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) dictada en un caso de auto-doctrinamiento, en aplicación del nuevo artículo 575.

## **6.2. Medidas relativas al órgano competente para conocer de los delitos de terrorismo**

### **6.2.1. Creación y naturaleza jurídica de la Audiencia Nacional**

La creación de la Audiencia Nacional se deriva de la aprobación de tres Reales Decretos a principios de 1977. Los Reales Decretos 1/1977, 2/1977 y 3/1977 suponían, respectivamente, la Supresión del Tribunal de Orden Público y de Delitos Monetarios,

---

*o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones, grupos u otros elementos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.*

**4.** Los jueces y tribunales, motivadamente, atendiendo a las circunstancias concretas, podrán imponer también la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en este Capítulo para el delito de que se trate, cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

<sup>389</sup> **Artículo 580 Código Penal.-**

*En todos los delitos de terrorismo, la condena de un juez o tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los jueces o tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia.*

la atribución a la jurisdicción ordinaria de las competencias en materia de terrorismo, y la creación, dentro de la jurisdicción ordinaria, de una Audiencia Nacional con competencia en todo el territorio nacional.

Posteriormente, con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, por la que se incorporan a la jurisdicción ordinaria las particularidades del proceso penal referido al conocimiento y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo, se establece, en su Disposición Transitoria<sup>390</sup>, que la Audiencia Nacional continuaría conociendo de la instrucción y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo.

La Audiencia Nacional es, desde la LOPJ de 1985, un órgano de la jurisdicción ordinaria especializado en razón de la materia. Su composición y competencia se regula en los artículos 62 a 69 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Asimismo, su configuración se ha completado, posteriormente, por las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000, ambas de 22 de diciembre, con la creación del Juzgado Central de Menores; y por la LO 5/2003, de 27 de mayo, con la creación del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, que ha contribuido a la uniformidad del tratamiento, en materia de ejecución de las penas impuestas, a los presos internos relacionados con organizaciones terroristas.

Actualmente está integrada por tres Salas, pertenecientes, respectivamente, a los órdenes jurisdiccionales penal, contencioso administrativo y social. Sin embargo, está prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, la creación de una segunda Sala dentro del orden penal, la *Sala de Apelación*, cuyo cometido es garantizar la segunda instancia en aquellos procesos penales en los que la sentencia es dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera (y única) instancia. El art. 846 ter LECrim<sup>391</sup>, modificado

---

<sup>390</sup> Disposición Transitoria LO 4/1988, de 25 de mayo.- *Los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional continuarán conociendo de la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, y por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos. Conocerán también de los delitos conexos a los anteriores.*

<sup>391</sup> **Artículo 846 ter LECrim.-**

recientemente por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, establece que las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia son recurribles en apelación ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional. Hasta ahora, las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en materia penal, solo podían ser revocadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo a través del recurso de casación penal, cuyo carácter extraordinario impedía su consideración como una segunda instancia. En este sentido, en la Ley 41/2015 anteriormente citada, en su art. 847 LECrim<sup>392</sup>, se recoge la posibilidad de recurso de casación “*por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra las sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional*”.

Dos han sido las principales críticas al papel desempeñado por la Audiencia Nacional dentro del organigrama de la jurisdicción penal en nuestro país. Por un lado, se la consideró, desde su inicio, heredera de los Tribunales de Orden Público existentes durante el periodo franquista. Y por otro, se la consideró contraria al derecho al Juez Ordinario predeterminado por la Ley.

En este sentido, debemos señalar que la competencia de la Audiencia Nacional para el conocimiento de determinados delitos, entre ellos los de terrorismo, ha sido ampliamente avalada tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Europeo

---

*1. Los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente, que resolverán las apelaciones en sentencia.*

*2. La Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional se constituirán con tres magistrados para el conocimiento de los recursos de apelación previstos en el apartado anterior.*

*3. Los recursos de apelación contra las resoluciones previstas en el apartado 1 de este artículo se regirán por lo dispuesto en los artículos 790, 791 y 792 de esta ley, si bien las referencias efectuadas a los Juzgados de lo Penal se entenderán realizadas al órgano que haya dictado la resolución recurrida y las referencias a las Audiencias al que sea competente para el conocimiento del recurso.*

<sup>392</sup> **Artículo 847 LECrim.-**

**1. Procede recurso de casación:**

**a) Por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra:**

**1.º** Las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

**2.º** Las sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

**b) Por infracción de ley del motivo previsto en el número 1.º del artículo 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.**

**2. Quedan exceptuadas aquellas que se limiten a declarar la nulidad de las sentencias recaídas en primera instancia.**

de Derechos Humanos. Así, en su Sentencia nº 199/1987, el Tribunal Constitucional entendió que el legislador puede, razonablemente, en determinados supuestos, y teniendo en cuenta su naturaleza, la materia sobre la que versan, la amplitud del ámbito territorial en que se producen y su trascendencia para el conjunto de la sociedad, disponer que la instrucción y enjuiciamiento de determinados delitos, como los de terrorismo, se lleve a cabo por un órgano centralizado sin que ello contradiga el art. 24 de la Constitución<sup>393</sup>. Resalta el Tribunal Constitucional que: *“La Constitución prohíbe Jueces excepcionales o no ordinarios, pero permite al legislador una determinación de las competencias de acuerdo a los intereses de la justicia, y teniendo en cuenta experiencias propias y ajenas”*. Asimismo, recuerda que el carácter ordinario de la Audiencia Nacional, y de sus Juzgados Centrales de Instrucción, fue igualmente reconocido *“por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Informe (de 16 de octubre de 1986) sobre el caso BARBERA y otros, en el que se afirma: «la Comisión comprueba que la Audiencia Nacional es un Tribunal ordinario instituido por un Real Decreto-ley y compuesto de Magistrados nombrados por el Consejo General del Poder Judicial»”*. Dicho dictamen de la Comisión fue finalmente confirmado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 6 de diciembre de 1988 dictada en el caso *Barbera, Messegué y Jabardo*.

#### 6.2.2. Ámbito objetivo de competencia de la Audiencia Nacional en materia de terrorismo

Como hemos señalado anteriormente, la competencia de la Audiencia Nacional para el conocimiento y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo fue atribuida por Real Decreto 3/1977, de 4 de enero, *“sobre competencia jurisdiccional en materia de terrorismo”*. En su artículo primero, el citado Real Decreto, establecía que: *“La instrucción, conocimiento y fallo de las causas por delitos de terrorismo corresponderá exclusivamente a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional”*. Posteriormente, tanto a través de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de

---

<sup>393</sup> STC 199/1987, de 16 de diciembre, Fundamento Jurídico nº 6, recogía que en el caso de los delitos de terrorismo *“el carácter de los mismos, su complejidad y sus conexiones, su finalidad encaminada a perturbar el orden constitucional, han determinado normas de atribución competencial que también han existido y existen para otros hechos delictivos de especial significación, que suponen una singularidad respecto de la norma de atribución de la competencia criminal por el lugar en que se comete el delito, tales normas no afectan a la autonomía de la Comunidad Autónoma, ya que se enmarcan en la regulación general del ius puniendi y de las competencias de los Tribunales de Justicia para el conocimiento de los hechos delictivos, que corresponde al Estado”*

la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, esta atribución competencial se vio culminada.

Por ello, la atribución competencial, del conocimiento y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo, es una atribución meramente objetiva por razón de la materia, siendo indiferente el lugar de comisión del atentado e incluyendo el conocimiento de los atentados terroristas cometidos fuera de territorio nacional, en el caso de que las víctimas fueran de nacionalidad española, o la nacionalidad de los presuntos autores. Desde su creación en 1977, al menos 35 grupos u organizaciones terroristas habrían sido enjuiciados en la Audiencia Nacional<sup>394</sup>. A lo largo de estos cuarenta años de historia, grupos terroristas tristemente conocidos como ETA, GRAPO, Terra Llure, GAL, células yihadistas vinculadas con Al Qaeda o el Estado Islámico, y otros menos conocidos, como el Grupo Antifascista Revolucionario Andaluz (G.A.R.A) o el Ejército Rojo de Liberación Armada-Comités Obreros Antifascistas de Justicia Popular, se han ido sentando en el banquillo de los acusados de la Audiencia Nacional para responder de sus actividades criminales.

---

<sup>394</sup> LADRON DE GUEVARA, C: “El papel de la Audiencia Nacional en la lucha contra el terrorismo”. *Revista Por ellos, Por todos*, nº 26. Editada por la Asociación Víctimas del Terrorismo. Enero 2017.

Tabla 1. Grupos/Organizaciones terroristas juzgadas en la Audiencia Nacional<sup>395</sup>.

<i><b>NOMBRE GRUPO TERRORISTA</b></i>	<i><b>NÚMERO DE SENTENCIAS</b></i>
Al Qaeda	5
Amal Brigadas Iman Missa El Sader	1
Ansar Al Islam	2
Batallón Vasco Español	1
Brigadas Revolucionarias Árabes	1
Comando Antifascista Revolucionario Andaluz	1
Daesh	6
Destacamentos Armados Canarios	1
Djama Houumat Edaawa Essalafia	1
Ejército Rojo de Liberación	1
ETA	583 <sup>396</sup>
Sin denominación específica (Ext.Derecha)	3
Sin denominación específica (Ext. Izquierda)	1
Sin denominación específica (Yihadismo)	4
Federación Ibérica Anarquista	1
GAL	11
GRAPO	142
Grupo Autónomo Anarquista	1
Grupo Autónomo del Movimiento Libertario	1
Grupo Armado de Resistencia Obrera	
Grupo Islámico Armado (GIA)	1
Grupo Salafista para la predicación y el combate (GSPC)	2
Juventud española en pie	1
Legión San Miguel Arcángel	1
MPAIAC	1
PCEr	1
Red Ansar Al Mujahideen	6
Resistencia Galega	2
Sin determinar	3
Terra Lliure	1
	1
<b>TOTAL</b>	<b>787</b>

<sup>395</sup> Información obtenida de las sentencias analizadas que se relacionan en el Anexo I.

<sup>396</sup> Solo se tienen en cuenta las sentencias dictadas por atentados con resultado de muerte, cometidos por las diferentes ramas de la organización terrorista ETA, quedando pendiente de análisis el resto de sentencias.

Del análisis de las sentencias<sup>397</sup> dictadas durante estos años, se pueden diferenciar tres etapas en lo que al papel de la Audiencia Nacional en la lucha contra el terrorismo se refiere:

Una primera, que comprendería el final de los 70 y década de los 80, en la que el trabajo de la Audiencia Nacional giró en torno al enjuiciamiento de grupos variados de ideologías extremistas, tanto de izquierdas como de derechas; así como, en torno a los primeros juicios contra las dos principales organizaciones terroristas que han actuado en nuestro país: ETA y GRAPO.

Una segunda etapa, que comprendería la década de los 90 y principios del dos mil, en la que el trabajo se centró en torno a la persecución judicial de las organizaciones terroristas más activas, ETA y GRAPO, así como el enjuiciamiento de los grupos que habían surgido para hacer frente a ese terrorismo: GAL y Triple A o Batallón Vasco Español.

Y una tercera etapa, a partir del dos mil, en la que, junto con el enjuiciamiento de las organizaciones que formarían parte del entorno “civil” (tanto de las organizaciones terroristas GRAPO como de ETA en mayor medida), irrumpe una nueva forma de terrorismo en nuestro país, menos jerarquizado pero más mortífero si cabe, conocido como terrorismo yihadista. Si bien es cierto que este terrorismo ya había sido objeto de procesos judiciales en la Audiencia Nacional con anterioridad, actualmente ocupa, casi por completo (sin olvidar los atentados de ETA pendientes de resolver), el trabajo de la Audiencia Nacional en lo que al terrorismo se refiere.

### 6.2.3. Especial protección de los Magistrados de la Audiencia Nacional

Mención específica merece la especial protección que se le debe a los Magistrados de la Audiencia Nacional. Junto a las razones de territorialidad nacional, ya que el terrorismo ha golpeado a nuestro país a lo largo y ancho del territorio nacional; y de funcionalidad, esto es, la especial complejidad y repercusión social de esta criminalidad que requiere tanto de cuerpos policiales como de jueces y fiscales

---

<sup>397</sup> Relación de las sentencias analizadas en Anexo I.



especializados en la materia; encontramos igualmente razones de seguridad para garantizar la protección y la independencia de los Magistrados de la Audiencia Nacional encargados de la instrucción y enjuiciamiento de este tipo de delitos.

La existencia de la Audiencia Nacional, con sede en Madrid y jurisdicción en todo el territorio nacional, alejada en muchos casos del lugar de los hechos o de zonas donde el ambiente era mayoritariamente favorable a los postulados que defendían los terroristas, garantizaba (y garantiza) una mayor protección de los Magistrados encargados de la instrucción y enjuiciamiento de terroristas, y por ende, una mayor independencia y eficacia de los mismos.

Esta circunstancia viene corroborada por el hecho de que tanto Magistrados de la Audiencia Nacional como del Tribunal Supremo han sido objetivo prioritario, entre otros, para la organización terrorista ETA. En este sentido, hasta en cinco ocasiones, tanto el GRAPO como ETA, han atentado contra miembros de la Judicatura o de la Fiscalía de la Audiencia Nacional o del Tribunal Supremo. La primera vez fue el 12 de septiembre de 1989, cuando ETA asesinaba en la puerta de su domicilio a la Fiscal de la Audiencia Nacional, Carmen Tagle<sup>398</sup>. Posteriormente, el 27 y 28 de febrero de 1990, ETA enviaba sendos paquetes bomba al presidente de la Audiencia Nacional, Fernando Mateo<sup>399</sup>, y al Teniente Fiscal de la Audiencia Nacional, Eduardo Fungairiño<sup>400</sup>, resultando ambos ilesos. El 12 de junio de 1996, el GRAPO enviaba un libro bomba al presidente de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, José Antonio Jiménez-Alfaro<sup>401</sup>, ocasionándole graves lesiones. Peor suerte corrieron el Magistrado suplente de la Sala Sexta del Tribunal Supremo, y último Presidente del Tribunal de Orden Público, José Francisco Mateu Cánoves,<sup>402</sup> asesinado por ETA el 16 de noviembre de 1978; el Magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, Rafael

---

<sup>398</sup> ALONSO, R/DOMÍNGUEZ, F/GARCÍA REY, M: *Vidas Rotas. Historia de los hombres, mujeres y niños víctimas de ETA*. Espasa. Madrid. 2010. Pág. 720.

<sup>399</sup> MERCADO, F: *Un error de la escolta, que revisó el paquete facilitó el atentado contra Fernando de Mateo*. El País. 28/2/1990.

<sup>400</sup> YOLDI, J: *Una carta bomba dirigida a un guardia de prisiones hiere gravemente a una funcionaria de Correos*. El País. 1/3/1990.

<sup>401</sup> YOLDI, J: *Un libro bomba estalla en la Audiencia Nacional y amputa tres dedos al magistrado Jiménez-Alfaro*. El País. 13/6/1996.

<sup>402</sup> ALONSO, R/DOMÍNGUEZ, F/GARCÍA REY, M: *Vidas Rotas...* Pág. 154.

Martínez Emperador<sup>403</sup>, asesinado por ETA el 10 de febrero de 1997; y el Magistrado de la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo, José Francisco de Querol y Lombardero<sup>404</sup>, asesinado por ETA el 30 de octubre de 2000 junto con su escolta y su chófer.

Finalmente, no podemos olvidar que los miembros de la Judicatura y de la Fiscalía que desempeñaban su trabajo en el País Vasco y Navarra, han sido, igualmente, objetivo prioritario para los terroristas de ETA. En este sentido, el 8 de julio de 1978, era asesinado el juez de paz de Lemona (Vizcaya), José Javier Jáuregui Bernaola<sup>405</sup>; y el 7 de noviembre de 2001, el Magistrado de la Audiencia Provincial de Vizcaya, José María Lidón Corbi<sup>406</sup>. Esta situación de inseguridad obligó a que, por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se llevara a cabo un plan especial de seguridad para garantizar su seguridad. Como señala el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, “el síntoma revelador de esta situación la ofrece la imagen de doscientos setenta jueces y fiscales permanentemente escoltados por servicios de seguridad, en los palacios de justicia, en los trayectos entre el domicilio y las oficinas judiciales y en la totalidad de las actividades personales y de las relaciones sociales que desarrollen en lugares públicos. Jueces y fiscales a quienes se les aconseja que no permitan tomas de primeros planos en las vistas orales, que giren la cabeza ante la presencia de un fotógrafo y que eviten, en la medida de sus posibilidades, la publicación de su fotografía en la prensa o la participación en debates televisados. Porque, inexorablemente, las instantáneas que se publiquen serán recogidas, escaneadas y almacenadas en las fichas informáticas o en la documentación mecanografiada por los militantes de la organización terrorista ETA”<sup>407</sup>.

---

<sup>403</sup> ALONSO, R/DOMÍNGUEZ, F/GARCÍA REY,M: *Vidas Rotas*...Pág. 1001.

<sup>404</sup> ALONSO, R/DOMÍNGUEZ, F/GARCÍA REY,M: *Vidas Rotas*...Pág. 1087.

<sup>405</sup> ALONSO, R/DOMÍNGUEZ, F/GARCÍA REY,M: *Vidas Rotas*...Pág. 117.

<sup>406</sup> ALONSO, R/DOMÍNGUEZ, F/GARCÍA REY,M: *Vidas Rotas*...Pág. 1132.

<sup>407</sup> IBARRA ROBLES, J.L: “Tópicos políticos y deslegitimación del poder judicial. El caso de los jueces en la Comunidad Autónoma del País Vasco”, en Revista UNED *Teoría y realidad Constitucional*, núms. 8-9, 2º semestre 2001/1º semestre 2002, págs. 217-234.

Como señala el profesor Asencio Mellado, “existe un evidente riesgo de pérdida de imparcialidad de los jueces y magistrados del lugar, dada la presión a la que pueden verse sometidos en el terreno en el que, fundamentalmente, opera la banda y sus diferentes ramificaciones, legales, ilegales y alegales. A su vez, unido a lo anterior, el Estado no puede disponer de medios suficientes o absolutamente eficaces para dispensar la debida protección personal a los órganos judiciales, medios de seguridad que faltan también respecto de las instalaciones y los materiales de investigación y prueba”<sup>408</sup>. De ahí que “la dificultad de enjuiciamiento separado de conductas muy diversas, el riesgo que suponen para el Estado y los jueces y magistrados, su ámbito territorial indeterminable que excede no solo una circunscripción territorial, sino al propio Estado y un sinnúmero de argumentos, favorecen una solución distinta a la de atribuir este tipo de conductas a los órganos jurisdiccionales naturales y, radicalmente, al jurado”<sup>409</sup>.

En este sentido se manifestaba también el profesor Mestre, al exponer los motivos que justificarían la existencia de la Audiencia Nacional, “existen, además, otras razones de índole práctica que justifican su existencia: 1) la preocupante situación de la Administración de Justicia en el País Vasco, debida a la falta de estabilidad de los funcionarios judiciales se agravaría sustancialmente, y 2) la independencia de jueces y tribunales podría verse menoscabada a la hora de juzgar estos delitos”<sup>410</sup>.

De ahí que podamos afirmar que, junto al motivo de territorialidad, el motivo de la seguridad de los jueces y magistrados, y el garantizar su imparcialidad, sean suficientes para justificar la existencia de la Audiencia Nacional y su competencia para el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo.

### **6.3. Medidas relativas al órgano encargado de sostener la acción penal**

---

<sup>408</sup> ASECIO MELLADO, J.M: *La Audiencia Nacional: una visión crítica*. Documento de trabajo 29/2003. Fundación Alternativas. 2003, pág. 22.

<sup>409</sup> ASECIO MELLADO, J.M: *La Audiencia Nacional...*, op. cit., pág. 22.

<sup>410</sup> MESTRE DELGADO, E: *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1987, pág. 101.

### 6.3.1. Fiscalía de la Audiencia Nacional

La Fiscalía de la Audiencia Nacional ejerce sus funciones ante la Audiencia Nacional. Entre su actividad en el orden jurisdiccional penal destacan: la persecución de los delitos de terrorismo, la actuación contra las organizaciones criminales, la investigación de la criminalidad socioeconómica, los delitos cometidos fuera del territorio nacional (particularmente los relacionados con la aplicación del principio de justicia universal y los de piratería), los delitos contra la Corona y las altas instituciones del Estado; y las actividades derivadas de la cooperación internacional en sus diferentes vertientes y de las que sea competente la Audiencia Nacional.

Desde su creación en 1997, de entre todas estas actividades ha destacado especialmente la persecución de los delitos de terrorismo. Según la última Memoria de la Fiscalía<sup>411</sup> hecha pública, y correspondiente al año 2015, *“el terrorismo representa el 40% del trabajo de investigación de la Audiencia Nacional en su conjunto”*. Según los datos ofrecidos por la Fiscalía, las investigaciones por delitos de terrorismo están aumentando de forma importante durante los últimos años: el «quantum» de diligencias previas incoadas en el 2015 asciende a 331 (19 más que el año anterior), lo que representa el 48,8% de las diligencias previas que son competencia de esta Fiscalía (331 respecto a 678) y un 40% de la totalidad de las investigaciones incoadas por los órganos judiciales de la Audiencia Nacional, cifra que asciende a 808 diligencias.

La razón de este incremento la encontramos en el aumento de investigaciones llevadas a cabo contra el terrorismo de naturaleza yihadista. Según lo cual, si en el 2014 se duplicaron las investigaciones por terrorismo yihadista respecto al año anterior, habiéndose alcanzado la cifra de 106 diligencias previas, en el 2015 el incremento se ha situado en torno al 69% respecto al año precedente, al haberse incoado 179 diligencias previas, hasta el punto de que por primera vez las investigaciones por terrorismo yihadista superan con creces a las iniciadas en relación con la organización terrorista ETA y su entorno.

---

<sup>411</sup> Memoria presentada al inicio del año judicial por la Fiscal General del Estado, Excma. Sra. Dña. Consuelo Madrigal Martínez-Pereda. 2016. Págs. 249-255.

Destaca la Fiscalía en su Memoria que las investigaciones iniciadas el año 2015 por terrorismo yihadista representan ya el 22% de la cifra total de investigaciones incoadas en toda la Audiencia Nacional, lo que convierte a la lucha contra el yihadismo en uno de los pilares fundamentales de su trabajo.

### 6.3.2. ¿Fiscal especial contra el terrorismo?

En el organigrama de la Fiscalía, junto con los órganos centrales del Ministerio Fiscal (Fiscalía del Tribunal Supremo, Fiscalía del Tribunal Constitucional, Fiscalía del Tribunal de Cuentas, Fiscalía Jurídico Militar y Fiscalía de la Audiencia Nacional), existen una serie de Fiscalías específicas en virtud de la materia que traten. Así, por ejemplo, encontramos fiscales especialistas en: violencia sobre la mujer, siniestralidad laboral, medio ambiente, extranjería, seguridad vial, menores, cooperación internacional, criminalidad informática, protección y tutela de las víctimas en el proceso penal, vigilancia penitenciaria, delitos económicos, delitos de odio y discriminación y anticorrupción.

En la línea de las Fiscalías especiales, lo que planteamos es si sería conveniente la existencia de una Fiscalía especial contra el terrorismo que englobara todos los aspectos relacionados con los delitos de terrorismo y sus víctimas. Ciertamente es que, al igual que en el ámbito de la Audiencia Nacional se encuentra un Fiscal de Vigilancia Penitenciaria y un Fiscal de Menores dependientes del Fiscal Jefe, consideramos conveniente la existencia de esta figura encargada de la coordinación de todos los aspectos relacionados con la investigación y enjuiciamiento de los delitos terroristas, la ejecución de las condenas por parte de los terroristas y la información a las víctimas de los delitos terroristas.

Más allá de lo que es el día a día de la Audiencia Nacional, existe todo un trabajo, que se viene acumulando año tras año, relacionado con la revisión de todos los sumarios relacionados con delitos de terrorismo que estarían pendientes de esclarecer y que, junto con la información a las víctimas del terrorismo sobre las avatares que surgen en la ejecución de las condenas de los terroristas, sería conveniente que fueran coordinados por una Fiscalía específica en la materia.

Funciones como la revisión de los atentados cometidos en nuestro país cuya autoría aún se desconoce<sup>412</sup> (con independencia de que las responsabilidades penales se encuentren prescritas), la oposición a la concesión de beneficios penitenciarios, permisos de salida, progresión de grado o libertad condicional en los casos en los que no se den los requisitos exigidos por la ley (pronóstico favorable de reinserción y/o colaboración activa con la justicia), así como la información de los mismos a las víctimas del terrorismo (que encuentran muy limitada su posibilidad de participación en todo lo referente a la ejecución de las sentencias, limitando la información del Estatuto de la víctima solo a las víctimas que expresamente lo hayan solicitado<sup>413</sup>), podrían ser asumidas por esta Fiscalía específica.

---

<sup>412</sup> FONSECA, C: *La Audiencia Nacional cifra en 224 el número de atentados mortales de ETA sin esclarecer*. Vozpopuli. 26.1.2017.

<sup>413</sup> **Artículo 13. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.**

Participación de la víctima en la ejecución.

*1. Las víctimas que hubieran solicitado, conforme a la letra m) del artículo 5.1, que les sean notificadas las resoluciones siguientes, podrán recurrirlas de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque no se hubieran mostrado parte en la causa:*

*a) El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria autoriza, conforme a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 36.2 del Código Penal, la posible clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, cuando la víctima lo fuera de alguno de los siguientes delitos:*

*(...)*

*8.º Delitos de terrorismo.*

*b) El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acuerde, conforme a lo previsto en el artículo 78.3 del Código Penal, que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas, cuando la víctima lo fuera de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado o de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal.*

*c) El auto por el que se conceda al penado la libertad condicional, cuando se trate de alguno de los delitos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 36.2 del Código Penal o de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado, siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión.*

*La víctima deberá anunciar al Secretario judicial competente su voluntad de recurrir dentro del plazo máximo de cinco días contados a partir del momento en que se hubiera notificado conforme a lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 7.1, e interponer el recurso dentro del plazo de quince días desde dicha notificación.*

*Para el anuncio de la presentación del recurso no será necesaria la asistencia de abogado.*

*2. Las víctimas estarán también legitimadas para:*

*a) Interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta previstas por la ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima;*

*b) Facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que hubiera sido acordado.*

*3. Antes de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria tenga que dictar alguna de las resoluciones indicadas en el apartado 1 de este artículo, dará traslado a la víctima para que en el plazo de cinco días formule sus alegaciones, siempre que ésta hubiese efectuado la solicitud a que se refiere la letra m) del apartado 1 del artículo 5 de esta Ley.*

En este sentido, es importante señalar, en la línea mostrada por el Fiscal Espina Ramos, que: “Frente a quienes mantienen una postura radicalmente contraria a la existencia de las denominadas Fiscalías Especiales -a estos efectos, a las dos oficialmente existentes, la Fiscalía Antidroga y la Fiscalía Anticorrupción, creo que puede añadirse la Fiscalía de la Audiencia Nacional, que *de facto* actúa como una verdadera Fiscalía Especial Antiterrorista-, la existencia de este tipo de Fiscalías se ha mostrado a lo largo de los años no solo como una medida adecuada, sino incluso imprescindible para llevar a cabo una efectiva lucha contra determinadas formas especiales de delincuencia, que requieren respuestas específicas por parte de los poderes públicos en general y del Ministerio Fiscal en particular”<sup>414</sup>. Es, por tanto, en este marco de la justificación de la existencia de una Fiscalía especial en la Audiencia Nacional en la que podría enmarcarse una Fiscalía específica contra el terrorismo.

### 6.3.3. Especial consideración de las Asociaciones Víctimas del Terrorismo cuando actúan como acusación

En este punto es importante destacar el trabajo realizado por las asociaciones de víctimas en todo lo referente a la asistencia jurídica a las víctimas del terrorismo.

Al igual que nuestro país cuenta con un marco legislativo muy desarrollado en lo que a la asistencia de las víctimas del terrorismo se refiere, el movimiento asociativo, que se ha ido tejiendo a lo largo de los años en torno a la defensa de las víctimas del terrorismo, es digno de destacar.

Más allá de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo, y de la existencia de una Dirección General específica, dependiente del Ministerio del Interior, de Asistencia y Apoyo a las víctimas del terrorismo, en nuestro país contamos con la Asociación de Víctimas del Terrorismo, asociación pionera a nivel mundial en lo que a la defensa de las víctimas del terrorismo se refiere.

---

<sup>414</sup> ESPINA RAMOS, J.A: La lucha contra la delincuencia organizada transnacional y su reflejo en el ordenamiento español, con especial referencia a la euroorden. *Revista del Ministerio Fiscal*, ISSN 1135-0628, Nº. 12, 2004, pág. 19.

Tal y como se explica en su página web: *“La Asociación de Víctimas del Terrorismo (AVT) es una organización apolítica de carácter benéfico asistencial que fue constituida en el año 1981, con el objeto de socorrer a todas las víctimas del terrorismo del abandono y marginación del Estado, así como de muchos sectores de la sociedad española. El papel de la Asociación ha sido imprescindible para la consecución de importantes medidas políticas, sociales, y judiciales que han permitido mejorar, sustancialmente, la situación de las víctimas. Además, ha contribuido a despertar una gran sensibilidad hacia los que sufren la barbarie terrorista. A día de hoy, la AVT supera los 4.400 asociados”*<sup>415</sup>.

Desde su fundación en 1981, entre sus tareas de asistencia a las víctimas del terrorismo destaca todo lo referente a la asistencia jurídica a las mismas. Dicha asistencia se traduce tanto en el asesoramiento, en todo lo que respecta a los trámites administrativos y ayudas derivadas de la condición de víctimas del terrorismo, como en el ejercicio de la acción penal en nombre de las víctimas contra los integrantes y los responsables de los atentados terroristas.

En este sentido, desde 1981, ha venido siendo práctica habitual la personación de la Asociación de Víctimas del Terrorismo en todos los procedimientos judiciales seguidos en la Audiencia Nacional por delitos de terrorismo, tanto en el ejercicio de la acción penal como Acusación particular en nombre del ofendido o perjudicado por los hechos objeto de enjuiciamiento, como en el ejercicio de la acción penal como Acusación popular en representación del colectivo de víctimas del terrorismo.

En relación con esta última cuestión, es de destacar la reforma introducida con la Ley 4/2015, de 27 de abril, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en su artículo 109 bis<sup>416</sup> regula la posibilidad de que la acción penal también pueda ser

---

<sup>415</sup> Página web oficial de la asociación [www.avt.org](http://www.avt.org).

<sup>416</sup> **Artículo 109 bis LECrim.-**

*1. Las víctimas del delito que no hubieran renunciado a su derecho podrán ejercer la acción penal en cualquier momento antes del trámite de calificación del delito, si bien ello no permitirá retrotraer ni reiterar las actuaciones ya practicadas antes de su personación.*

*En el caso de muerte o desaparición de la víctima a consecuencia del delito, la acción penal podrá ser ejercida por su cónyuge no separado legalmente o de hecho y por los hijos de ésta o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; por la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y por los hijos de ésta que en el momento de la*



ejercitada por las asociaciones de víctimas, siempre que ello fuera autorizado por la víctima del delito. Entendemos que en este artículo se refiere expresamente a la posibilidad de la acción penal como Acusación particular en nombre de la Asociación de Víctimas del Terrorismo. Aunque es cierto que, con anterioridad a esta reforma legislativa, ha habido casos en los que se ha permitido la personación de la Asociación de Víctimas del Terrorismo como Acusación particular, sobre todo en los casos en los que existía una multitud de víctimas que formaban parte de la asociación, la práctica habitual hasta ahora de la Audiencia Nacional era admitir la personación de la AVT como Acusación popular y la de las víctimas concretas del atentado, objeto del procedimiento, como Acusación particular.

Esta posibilidad de personación como Acusación particular tiene dos consecuencias prácticas: la primera, a efectos de fianza y la segunda, a efectos de la posibilidad del ejercicio de la acción civil en nombre de la víctima directamente afectada. A efectos de fianza, como indica el profesor Banacloche, la regla general es que la Acusación Popular estará obligada a prestar fianza para la personación en un procedimiento de conformidad con el art. 280 LECrim<sup>417</sup>. En la práctica, esta obligación, en el caso de la personación de la AVT en los procedimientos seguidos en la Audiencia Nacional por terrorismo, no sigue un criterio uniforme. Aunque la regla general es la exigencia de fianzas que oscilan entre los mil y tres mil euros por parte los Jueces de instrucción, se dan casos en los que se imponen fianzas elevadísimas, en torno a los cincuenta mil euros, que hacen prácticamente imposible el ejercicio de la Acción popular; o casos en los que se admite la personación sin la necesidad de prestar fianza

---

*muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; por sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda, personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.*

*En caso de no existir los anteriores, podrá ser ejercida por los demás parientes en línea recta y por sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.*

*2. El ejercicio de la acción penal por alguna de las personas legitimadas conforme a este artículo no impide su ejercicio posterior por cualquier otro de los legitimados. Cuando exista una pluralidad de víctimas, todas ellas podrán personarse independientemente con su propia representación. Sin embargo, en estos casos, cuando pueda verse afectado el buen orden del proceso o el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el Juez o Tribunal, en resolución motivada y tras oír a todas las partes, podrá imponer que se agrupen en una o varias representaciones y que sean dirigidos por la misma o varias defensas, en razón de sus respectivos intereses.*

*3. La acción penal también podrá ser ejercitada por las asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, siempre que ello fuera autorizado por la víctima del delito.*

<sup>417</sup> BANACLOCHE, J/ZARZALEJOS, J: *Aspectos fundamentales...*, pág. 94.

por tratarse de un procedimiento en el que “existen indicios contrastados de la posible comisión de un delito”<sup>418</sup>. Pues bien, en los casos de personación como Acusación particular las asociaciones de víctimas del terrorismo estarían exentas de la prestación de fianza.

Lo mismo ocurre en el caso de la posibilidad del ejercicio de la acción civil, “por lo que se refiere al ejercicio de la acción civil derivada del hecho delictivo, a diferencia de lo que sucede con la acusación particular, la popular no puede ejercitarla en el proceso, pues carece de legitimación para ello”<sup>419</sup>. De esta manera, la Asociación estaría legitimada para solicitar la indemnización correspondiente en nombre de la víctima directamente afectada.

Por último, es importante señalar que la posibilidad de que las asociaciones de víctimas puedan personarse como Acusación particular en los procedimientos en defensa de los intereses de las víctimas directamente afectadas por los hechos objeto del procedimiento es un respaldo importante para las víctimas que, en muchas ocasiones, no se deciden a personarse en el procedimiento por miedo. De esta manera la posibilidad de que las asociaciones de víctimas puedan personarse por ellas, más allá de como mera Acusación popular, “les va a permitir en muchos casos reforzar su posición de víctimas en el proceso penal, y sentirse menos temerosos del desarrollo del mismo proceso”<sup>420</sup>.

## **6.4. Medidas especiales antiterroristas previstas en la fase de instrucción**

### **6.4.1. Medidas de investigación vulneradoras de derechos fundamentales**

#### **A) Entrada y registro**

---

<sup>418</sup> BANACLOCHE, J/ZARZALEJOS, J: *Aspectos fundamentales...*, pág. 95.

<sup>419</sup> BANACLOCHE, J/ZARZALEJOS, J: *Aspectos fundamentales...*, pág. 93.

<sup>420</sup> CATALINA BENAVENTE, M.A: *Hacia un sistema penal orientado a las víctimas. El estatuto penal, procesal y asistencia de las víctimas del terrorismo en España*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, pág. 24.

Tal y como señalábamos a la hora de hablar de los derechos susceptibles de limitación, “el art. 55.2 CE permite la suspensión del art. 18.2 CE, es decir, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, entendida como la posible autorización, establecida mediante Ley Orgánica, a la autoridad gubernativa, en determinados supuestos excepcionales, para entrar en un domicilio sin autorización judicial previa, aunque sí con la necesaria comunicación posterior al juez competente”<sup>421</sup>.

El art. 55.2 CE permite la suspensión del art. 18.2 CE, del derecho a la inviolabilidad del domicilio, entendida como la posible autorización a la autoridad gubernativa para, en determinados supuestos excepcionales, entrar en un domicilio sin autorización judicial previa. Exigiéndose, eso sí, la comunicación inmediata al Juez competente de la medida adoptada. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, en Sentencia nº 199/1987 en su Fundamento Jurídico nº 9, “*el art. 55.2 solo habilita al legislador a modificar la intervención judicial en la entrada y registro, pero no a suprimirla de raíz*”.

El desarrollo de la posibilidad de limitar la intervención judicial lo encontramos regulado en el artículo 553 de la LECrim<sup>422</sup>. Dicho artículo permite suspender el derecho a la inviolabilidad del domicilio, pero no de manera absoluta, sino en determinadas circunstancias especiales. Dichas circunstancias especiales vendrían referidas a la ocultación o refugio de presuntos responsables de acciones terroristas en cualquier lugar o domicilio, en cuyo caso la autoridad gubernativa podrá autorizar la entrada en dicho domicilio, así como el registro del lugar y la ocupación de efectos que pudieran guardar algún tipo de relación con el delito perseguido. De dicho registro se

---

<sup>421</sup> VÍRGALA FORURIA, E: “La suspensión de derechos por terrorismo...”, op. cit., pág. 106.

<sup>422</sup> **Artículo 553 LECrim.-**

*Los Agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido.*

*Del registro efectuado, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al Juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos.*

deberá de dar cuenta inmediata al Juez competente con expresa indicación de las causas que lo motivaron y los resultados obtenidos.

Tal y como refiere el profesor Banacloche, “el art. 553 LECrim regula un caso especial de entrada y registro, dado que no encaja en ninguna de las categorías anteriores -consentimiento del titular, delito flagrante, autorización judicial-. Desde el punto de vista material, solo procede en los casos de persecución de delitos cometidos por elementos terroristas o rebeldes; y desde el punto de vista formal, consiste en la posibilidad de entrar en las casa para detener a esas personas cuando consideren que se hallan ocultos o refugiados en ellos, y registrarlas por si se escondieran efectos o instrumentos del delito”<sup>423</sup>.

Es importante señalar la puntualización que el Tribunal Constitucional realizó sobre esta medida, en su Sentencia nº199/1987 Fundamento Jurídico nº 9, explicitando que la entrada en domicilio sin autorización judicial solo procedía en los casos en los que se fuera a realizar una inmediata detención y, con ocasión de ella, proceder al registro y ocupación de los efectos e instrumentos relacionados con las actividades terroristas investigadas, señalando el TC que *“esta razón de inmediatez indica que la Ley ha querido limitar esta posibilidad a supuestos excepcionales en los que en función de la «inmediata detención» (art. 16) se hace absolutamente imprescindible la adopción directa de la medida, y en las que el mínimo de retraso que supondría la intervención judicial haría inviable el éxito de la detención y registro”*.

En la necesidad de ponderar la efectividad de la medida con el requisito de la previa autorización judicial para entrar en un domicilio, el Tribunal Constitucional matiza la suspensión del art. 55.2 CE que se correspondería con una autorización judicial, en vez de *a priori a posteriori*, señalando que *“solo, de forma excepcional, en supuestos absolutamente imprescindibles y en los que las circunstancias del caso no permitan la oportuna adopción previa de medidas por la autoridad judicial, por tener que procederse a la inmediata detención de un presunto terrorista, es cuando podrá operar la excepción a la necesidad de previa autorización o mandato judicial. No puede decirse que esta regulación, así entendida, no haya ponderado adecuadamente la*

---

<sup>423</sup> BANACLOCHE, J/ZARZALEJOS, J: *Aspectos fundamentales...*, pág. 187.

*efectividad de la suspensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio y la suficiente intervención judicial. La Ley ha tratado de concordar ambos elementos, y sólo ha sacrificado el carácter previo de la intervención judicial en supuestos límite, en aras de hacer efectivos los fines por los que el art. 55.2 permite la suspensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio. En este caso, y sólo en este caso, la intervención judicial habrá de ser a posteriori, pero sin que pueda entenderse, como se razona en los recursos, que en este caso esa intervención se limite a la mera recepción de información, pues el art. 16.2 no establece, ni podría establecer, ningún límite al control judicial al respecto”.*

De acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional, habría que respetar unas condiciones para proceder a la suspensión del derecho a la inviolabilidad.

En primer lugar, la entrada habría de tener como finalidad la detención de una o varias personas. No sería, pues, correcta la entrada en un domicilio con el único fin de buscar efectos o instrumentos utilizados por personas involucradas en actividades terroristas, aunque se tenga certeza absoluta de la presencia de dichos efectos en ese lugar, para lo que necesariamente se requerirá autorización judicial previa.

En segundo lugar, que dichas personas sean presuntos integrantes o se les relacione con bandas armadas o elementos terroristas, pudiendo ser el domicilio de una persona que no tenga relación alguna con actividades terrorista, pero que cobija al presunto terrorista.

Y por último, que nos encontremos ante un caso de excepcional o urgente necesidad, no siendo suficiente la mera sospecha de que en un domicilio se encuentra un presunto terrorista<sup>424</sup>.

En este sentido, es importante destacar que el Tribunal Supremo ha entendido que esta medida tiene cobertura en el art. 18.2 CE cuando se esté ante “una persecución en caliente e ininterrumpida”<sup>425</sup> tras la comisión de un delito. Los problemas surgen en

---

<sup>424</sup> VÍRGALA FORURIA, E: “La suspensión de derechos por terrorismo...”, op. cit., pág. 109.

<sup>425</sup> STS nº 1953/2000, de 19 de diciembre

los casos en los que, sin ser consecuencia de la inmediata comisión de un acto delictivo, sea necesaria la inmediata intervención policial porque se tenga constancia de la presencia de un presunto terrorista en un domicilio bajo el riesgo de destrucción de efectos o instrumentos relevantes para el esclarecimiento del delito. En estos casos, se debe de dar cuenta inmediata al Juez Central de Instrucción tanto de las causas que motivaron la adopción de dicha medida como de los resultados obtenidos en la misma, tanto en lo que se refiere a detenciones como a lo hallado en el registro consiguiente<sup>426</sup>. Asimismo, cabe destacar que la autorización gubernativa, para la realización de la entrada y posterior registro, podrá ser verbal. La inexistencia de orden escrita no impide una posterior verificación judicial, ya que la policía deberá demostrar la suficiencia de los indicios que le condujeron a realizar la entrada.

En todo caso, es importante reseñar que el registro deberá darse con todas las garantías ordinarias reguladas en el art. 569 y siguientes de la LEcrim., ya que la suspensión se refiere a la no obligatoriedad de mandamiento judicial, pero no a la desaparición de garantías legales que afectan a todo registro.

Por último, señalar que “la entrada y registro constituyen dos actos procesales distintos como ha señalado un sector doctrinal, que, por este motivo, revisten entidad propia”<sup>427</sup>. De ahí que pudiera ocurrir que en los casos de urgente necesidad la entrada sin autorización judicial previa estuviera justificada, sin embargo, el posterior registro no tanto. En este sentido se ha manifestado el profesor Prieto Rodríguez, al considerar que: “Si bien la entrada de “propia autoridad” en los casos contemplado podría parecer justificada, el ulterior registro, sin previa y simultánea intervención judicial, con omisión de las garantías habituales, carecería de justificación, cuando operada la entrada, puede obtenerse aquel mandato, sin afectar a los fines perseguidos (detención, averiguación del delito...). Tan pronto las circunstancias lo permitan debe obtenerse tal orden judicial, incluso con paralización de la diligencia”<sup>428</sup>. En esta misma línea se manifiesta el profesor Hinojosa Segovia, distinguiendo el acto de la entrada en relación con el posterior registro, al afirmar que “la entrada supone la penetración o introducción

<sup>426</sup> VÍRGALA FORURIA, E: “La suspensión de derechos por terrorismo...”, op. cit., pág. 110.

<sup>427</sup> CABEZUDO BAJO, MJ: *La inviolabilidad del...*, op.cit., pág. 88

<sup>428</sup> PRIETO RODRÍGUEZ, JI: “Entrada y registro...”, op. cit., pág. 886.

en un lugar cerrado cuando, según se desprende del artículo 546 LECrim, hubiese indicios de encontrarse allí el presunto responsable del hecho punible”<sup>429</sup>, mientras que “registrar es observar, examinar minuciosamente algo para encontrar y, en su caso, recoger lo que pueda estar oculto, o en palabras del citado artículo 546 in fine, el registro implica la observación, búsqueda y recogida de “efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación”<sup>430</sup>. Distingue también la entrada del registro el profesor Gimeno Sendra, quien considera que la entrada tiene por objeto la detención y/o aseguramiento del cuerpo del delito, mientras que el registro solo comprende la recogida y aseguramiento de fuentes de prueba<sup>431</sup>.

## B) Intervenciones telefónicas

El artículo 55.2 CE permite la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones recogido en el art. 18.3 CE, entendida dicha suspensión como la posible autorización a la autoridad gubernativa para que, en determinados supuestos excepcionales, pueda intervenir las comunicaciones sin autorización judicial previa. Aunque en este caso, al poder prolongarse dicha intervención en el tiempo, el juez podrá confirmar o revocar dicha intervención.

Esta medida es la que ha sufrido mayor evolución en las diferentes Leyes Orgánicas de desarrollo. En este sentido, mientras que la Ley 56/1978, de 4 de diciembre, en su artículo 4<sup>432</sup>, permitía que la observación de las comunicaciones fuera

<sup>429</sup> HINOJOSA SEGOVIA, R: *La diligencia de entrada y...*, op. cit., pág. 45.

<sup>430</sup> HINOJOSA SEGOVIA, R: *La diligencia de entrada y...*, op. cit., pág. 46.

<sup>431</sup> GIMENO SENDRA, JV/ MORENO CATENA, V/CORTÉS DOMÍNGUEZ, V: *Derecho procesal: proceso penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1993, pág. 321.

<sup>432</sup> **Artículo 4 Ley 56/1987.-**

*El Ministro del Interior podrá ordenar, por un plazo de tres meses, prorrogables por iguales periodos, la observación postal, telegráfica y telefónica para aquellas personas de las que se estime racionalmente puedan estar relacionadas o integradas en los grupos organizados a que se refiere el artículo primero de esta Ley. Al tiempo de ejercitar esta facultad comunicará por escrito tal decisión al Juez competente, fundando la adopción de la medida; la autoridad judicial, en las diligencias que al efecto incoe y también con expresión de los motivos, deberá confirmar o revocar total o parcialmente lo acordado por el Ministerio del Interior en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que reciba la comunicación. La autoridad judicial podrá revocar total o parcialmente, en cualquier momento, la autorización concedida. En el supuesto de revocación, deberá ejecutarse inmediatamente la resolución. La sucesiva o sucesivas prórrogas en la observación se someterán a los trámites previstos en el párrafo anterior.*

ordenada por la autoridad gubernativa sin condiciones, dando cuenta inmediata al juez, que podía revocar la observación en setenta y dos horas, la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, en su artículo 5<sup>433</sup>, pasaba a exigir el requisito de la urgencia, estableciendo que la observación de las comunicaciones para personas sospechosas de estar integradas o relacionadas con grupos armados podría ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al juez competente quien, de manera también motivada, revocaría o confirmaría tal medida. Este requisito de la urgencia se incluiría en las Leyes Orgánicas posteriores.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal pasó a regularse esta limitación en el artículo 579.4<sup>434</sup>, recientemente modificado por Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre. En el nuevo artículo 579<sup>435</sup> se realizan algunas precisiones, de acuerdo con las nuevas

---

<sup>433</sup> **Artículo 5 LO 11/1980.-**

*Uno. El Juez competente podrá acordar en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogables por iguales periodos, la observación postal, telegráfica o telefónica, para aquellas personas sospechosas de estar integradas o relacionadas con los grupos armados a que se refiere el artículo primero.*

*Dos. En caso de urgencia, esta medida podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.*

*Tres. En todo caso, el resultado de la observación deberá comunicarse puntualmente al Juez competente, quien podrá revocar lo acordado en cualquier momento, total o parcialmente. En el supuesto de revocación deberá de ejecutarse inmediatamente la resolución.*

*Cuatro. La sucesiva o sucesivas prórrogas se someterán a los mismo trámites.*

<sup>434</sup> **Artículo 579. 4 LECrim (Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo).-**

*4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quién, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.*

<sup>435</sup> **Artículo 579 LECrim (Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre).-**

*1. El juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para la causa, siempre que la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos:*

*1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.*

*2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.*

*3.º Delitos de terrorismo.*

*2. El juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales o inferiores períodos hasta un máximo de dieciocho meses, la observación de las comunicaciones postales y telegráficas del investigado, así como de las comunicaciones de las que se sirva para la realización de sus fines delictivos.*



formas de comunicación, al incluir la correspondencia por faxes, burofaxes y giros, además de especificar los delitos en los que puede acordarse dicha medida. Asimismo, se introduce un artículo 579 bis<sup>436</sup> sobre la utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y la utilización de los descubrimientos casuales derivados de esta medida. De esta forma, en los capítulos siguientes de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal se recoge un catálogo de medidas de investigación tecnológica, conforme a los avances de la tecnología, y su regulación. En este sentido, como destaca el profesor Moreno Catena, “la reforma de 2015 de la LECrim ha supuesto una auténtica revolución en esta materia. La ley contempla ahora el uso de todos los mecanismos imaginables de captación de información, sea ésta comunicada o almacenada, de manera que puede decirse que no existe resquicio alguno de la vida de una persona que esté exento del control de la autoridad judicial durante el proceso penal”<sup>437</sup>.

---

3. *En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. Esta medida se comunicará inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida.*

4. *No se requerirá autorización judicial en los siguientes casos:*

a) *Envíos postales que, por sus propias características externas, no sean usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías o en cuyo exterior se haga constar su contenido.*

b) *Aquellas otras formas de envío de la correspondencia bajo el formato legal de comunicación abierta, en las que resulte obligatoria una declaración externa de contenido o que incorporen la indicación expresa de que se autoriza su inspección.*

c) *Cuando la inspección se lleve a cabo de acuerdo con la normativa aduanera o proceda con arreglo a las normas postales que regulan una determinada clase de envío.*

5. *La solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa.*

<sup>436</sup> **Artículo 579 bis (Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre).-**

1. *El resultado de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal.*

2. *A tal efecto, se procederá a la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia. Se incluirán entre los antecedentes indispensables, en todo caso, la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que la acuerda y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen.*

3. *La continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente, para la cual, éste comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento. Asimismo se informará si las diligencias continúan declaradas secretas, a los efectos de que tal declaración sea respetada en el otro proceso penal, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce.*

<sup>437</sup> MORENO CATENA, V/CORTÉS DOMÍNGUEZ, V: *Derecho procesal penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015, pág. 277.

Al igual que ocurriera con la medida de entrada y registro, la posibilidad de intervención de las comunicaciones sin autorización judicial previa fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, pronunciándose al respecto el Tribunal Constitucional, en el Fundamento Jurídico décimo de la tan mencionada Sentencia 199/1987, y fijando los parámetros legales que debían de darse para su adopción.

En primer lugar, la observación de las comunicaciones puede realizarse respecto de personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal por delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, así como de personas de cuyas comunicaciones los anteriores se sirvan para la realización de sus fines delictivos. Es importante señalar que la persona de la que hay indicios de responsabilidad criminal es a quien debe observarse sus comunicaciones, pero suele ser habitual que, para realizar esa observación, sea necesario intervenir las comunicaciones de un tercero, que es el que, consciente o inconscientemente, permite comunicarse al terrorista; por ejemplo, si éste utiliza para sus comunicaciones el teléfono de una tienda. En estos casos solo podrán utilizarse las conversaciones que afecten al sospechoso<sup>438</sup>.

En segundo lugar, la medida deberá ser adoptada por decisión del Ministro del Interior, o, en su defecto, por el director de la Seguridad del Estado y no tendrá que ser necesariamente por escrito o motivada, bastando que sea verbal.

En tercer lugar, esta medida solo podrá adoptarse en caso de urgencia, debiendo fundarse precisamente la decisión gubernativa en dicha urgencia, es decir, en la obtención de información fidedigna por la policía de que una persona, sobre la que existen indicios de responsabilidad criminal por terrorismo, va a realizar una comunicación con un tercero en relación con su actividad delictiva y que tal comunicación se va a producir de forma inmediata, sin que exista posibilidad temporal de obtener una resolución judicial autorizando la observación de dicha comunicación. En este sentido, el Tribunal Constitucional estableció que *“las razones de urgencia han de ser interpretadas restrictivamente”*. De ahí que podamos afirmar que nos encontramos ante supuestos realmente excepcionales.

---

<sup>438</sup> VÍRGALA FORURIA, E: “La suspensión de derechos por terrorismo...”, op. cit., pág. 116.

Y por último, se requiere la comunicación motivada inmediata al Juez competente que, en un plazo de setenta y dos horas, ha de revocar o confirmar la resolución gubernativa. La motivación se referirá tanto a los motivos de la intervención como a los de la urgencia de la misma. La comunicación deberá de ser inmediata, nada más producirse la intervención y teniendo en cuenta que a las setenta y dos horas el juez ha tenido ya que decidir sobre la procedencia de la misma o no<sup>439</sup>.

En lo referente a la posibilidad de prórroga de la medida se entiende que, en todo caso, deberá de hacerse con autoridad judicial, ya que no cabría la posibilidad de alegar urgencia alguna.

Desde un punto de vista cuantitativo, a los efectos de poder determinar el grado de utilización de esta medida y el porcentaje de casos en los que se habría acordado sin la previa autorización judicial, los únicos datos públicos los encontramos en la última intervención parlamentaria del Ministro del Interior<sup>440</sup> en la Comisión de Justicia e Interior, para el cumplimiento del requisito de “control parlamentario” establecido en la Constitución. En dicha comparecencia, el Ministro informó de que en el periodo 1982-1988 se habían realizado 123 observaciones postales y 4801 observaciones telefónicas, de las que únicamente un 4% habrían sido adoptadas por iniciativa del Ministerio del Interior.

Por último, especial mención requiere la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por LO 13/2015, de 5 de octubre, antes aludida. En dicha reforma, y de acuerdo con la evolución de las tecnologías, se incorporan nuevas formas de comunicarse, cuya intervención estaría igualmente amparada constitucionalmente. Asimismo, se regulan las nuevas medidas de investigación tecnológicas, de acuerdo con las nuevas técnicas de investigación que vienen siendo utilizadas por las unidades policiales.

Esta nueva regulación supone un importante avance, no solo desde el punto de vista tecnológico, en tanto en cuanto era necesario adaptar una ley obsoleta a las nuevas

---

<sup>439</sup> VÍRGALA FORURIA, E: “La suspensión de derechos por terrorismo...”, op. cit., pág. 117.

<sup>440</sup> Diario de Sesiones del Congreso- Comisiones, III Legislatura, núm. 264, de 20 de abril de 1988

tecnologías, sino también desde un punto de vista del reforzamiento de las garantías procesales de los investigados. Su regulación supone el establecimiento de los límites en su aplicación. La determinación por Ley de cómo se llevará a cabo dicha medida, por cuánto tiempo, en qué casos, por quién, etc. supone el control de dichas medidas frente a posibles abusos por parte de la autoridad gubernativa.

Como señala Marchena, el Tribunal Constitucional venía destacando las deficiencias de las que adolecía nuestra regulación en cuanto a lo que el derecho al secreto de las comunicaciones se refería, de ahí que fuera necesaria esta reforma. Así, haciendo referencia a la STC 184/2003, de 23 de octubre, señala que “el art. 579 LECrim adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el art. 18.3 CE para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, interpretado, como establece el art. 10.2 CE, de acuerdo con el art. 8.1 y 2 CEDH. En la STC 49/1999, de 5 de abril, F.5, en la que proyectamos a partir de nuestra Constitución dichas exigencias, dijimos que se concretan en: “la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y por la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad”<sup>441</sup>.

De ahí que el Tribunal Constitucional considerará que el art. 579 LECrim no era la cobertura legal adecuada para la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y se hiciera necesaria su reforma.

En este sentido, junto con las interceptaciones de las comunicaciones telefónicas, se incluyen las comunicaciones telemáticas. La inclusión de las comunicaciones telemáticas es una novedad de importante calado, ya que “la

---

<sup>441</sup> MARCHENA GÓMEZ, M/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N: *La reforma de...*, op. cit., pág. 181.

importancia de un epígrafe en el que se distinguen los dos modelos de comunicación resulta de especial interés...la falta de una referencia específica a ese fenómeno técnico sobrevenido ha fomentado una degradación práctica de la sustantividad constitucional que es obligado reconocer a la comunicación mediante redes telemáticas. Dicho con otras palabras, la comunicación por correo electrónico, mediante mensajes multimedia o con cualquier otra forma de mensajería instantánea, no puede concebirse como una actividad generadora de simples datos electrónicos asociados a la comunicación telefónica convencional. Y esto es lo que está sucediendo en muchas ocasiones”<sup>442</sup>.

### C) Otras medidas limitativas de derechos fundamentales

Junto a las medidas anteriormente mencionadas, la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula otra serie de medidas igualmente limitativas de derechos fundamentales.

En primer lugar, nos referiremos a la obtención de datos electrónicos de tráfico, o asociados, y a su incorporación al proceso. Esta medida viene regulada en el art. 588 ter j.<sup>443</sup> y se refiere a lo que se conoce como “*big data*” o almacenamiento masivo de datos por parte de empresas o personas que ofrezcan servicios a través de internet u otro tipo de comunicación electrónica. Pese a tratarse de datos, que en la mayoría de los casos se generan como consecuencia del proceso de comunicación telefónica o telemática, no deben considerarse como parte de esa comunicación, ya que exceden, y en mucho, a ese proceso. En este sentido, señala Marchena que “sostener que todos esos datos, sin mayores matices y sin atender al momento en que se generan, forman parte de

---

<sup>442</sup> MARCHENA GÓMEZ, M/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N: *La reforma de...*, op. cit., pág. 201.

<sup>443</sup> **Artículo 588 ter j Datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios**

*1. Los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas o por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole y que se encuentren vinculados a procesos de comunicación, solo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial.*

*2. Cuando el conocimiento de esos datos resulte indispensable para la investigación, se solicitará del juez competente autorización para recabar la información que conste en los archivos automatizados de los prestadores de servicios, incluida la búsqueda entrecruzada o inteligente de datos, siempre que se precisen la naturaleza de los datos que hayan de ser conocidos y las razones que justifican la cesión.*

la comunicación y, consiguientemente, integran el contenido del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, no es realista”<sup>444</sup>.

La regla general será que para el acceso a estos datos se requerirá de autorización judicial que deberá especificar los extremos de dicho acceso. No obstante, el principal problema lo encontramos en delimitar qué datos requerirán autorización judicial para su acceso por parte de los agentes facultados y cuáles no, ya que algunos de que para la averiguación de algunos de esos datos existen medios de acceso al público. Datos como la identificación mediante número IP, o la identificación de terminales mediante la captación de códigos de identificación del aparato y sus componentes (IMSI o IMEI) y el acceso de datos no vinculados a un proceso de comunicación y que permitan la identificación de titulares o dispositivos de conectividad, siempre y cuando, lo que se pretenda sea la averiguación del número de teléfono de un titular ya identificado o conocer quién es el titular de un determinados número, son datos a los que los agentes facultados podrán acceder sin necesidad de autorización judicial. En los casos en los que se pretenda ir más allá, y se solicita a los compañías prestadoras de servicios, la identificación personal que hay detrás de esos números de identificación se requerirá autorización judicial. De esta manera se está facultando “a agentes de Policía Judicial para valerse de artificios técnicos para conocer los códigos de identificación o etiquetas técnicas de un aparato de telecomunicación o de alguno de sus componentes (como números IMSI o IMEI) e identificar el equipo o la tarjeta utilizada para acceder a la red de telecomunicaciones”<sup>445</sup>. Como destaca el profesor Moreno Catena, “se trata de una habilitación sumamente genérica y abierta, que la ley debería haber sometido a algún tipo de control, a menos a posteriori, aunque la diligencia no haya dado resultado”. Tras la identificación del aparato, se procederá a solicitar la intervención de las comunicaciones telefónicas o telemáticas.

---

<sup>444</sup> MARCHENA GÓMEZ, M/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N: *La reforma de...*, op. cit., pág. 287.

<sup>445</sup> MORENO CATENA, V/CORTÉS DOMÍNGUEZ, V: *Derecho procesal penal...*, op. cit., pág. 288.

Asimismo, se regula la posibilidad “de orden anticipada de conservación de datos como medida de aseguramiento frente a su destrucción, en tanto en cuanto, se consigue la autorización judicial por un plazo de 90 días prorrogables a 180”<sup>446</sup>.

En segundo lugar, se regula el procedimiento para la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, en este caso no solo se referiría a la interceptación de la comunicación, sino a la grabación de la misma por medio de un dispositivo. Este precepto autoriza tanto la captación y grabación de conversaciones directas como la obtención de imágenes que complementen las conversaciones interceptadas. De ahí que “la adopción de algunas de las medidas de injerencia que este capítulo autoriza es más intensa que la que puede predicarse de la intervención de las comunicaciones electrónicas. La expectativa de privacidad de quien se siente en su propio domicilio, desarrollando, en su caso, las relaciones propias de toda comunidad familiar, es mucha más evidente que la de aquél que se vale de un terminal telefónico para comunicarse con su interlocutor”<sup>447</sup>. Podemos afirmar que se trataría de un nivel de injerencia en la intimidad de las personas casi total, ya que al permitirse este tipo de grabaciones en el domicilio de una persona “ningún lugar está exento de control, ni el dormitorio o el baño resultan lugares de dominio exclusivo de su titular, porque la Policía, con autorización judicial, puede “colarse en la alcoba” y colocar un dispositivo de escucha debajo del colchón”<sup>448</sup>. Asimismo, dicha intervención de comunicaciones podrá complementarse con la captación de imágenes.

Este tipo de medida se permite, exclusivamente, “cuando la investigación se refiera a delitos de terrorismo, delitos de delincuencia organizada, o delitos dolosos castigados con límite máximo de al menos tres años de prisión”. Sin embargo, el profesor Moreno Catena considera que una medida tan gravosa para la intimidad y el secreto de la comunicaciones “debiere haberse reservado para hechos delictivos de mayor gravedad, señaladamente los delitos de terrorismo o delincuencia organizada”<sup>449</sup>.

---

<sup>446</sup> MARCHENA GÓMEZ, M/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N: *La reforma de...*, op. cit., pág. 288.

<sup>447</sup> MARCHENA GÓMEZ, M/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N: *La reforma de...*, op. cit., pág. 337.

<sup>448</sup> MORENO CATENA, V/CORTÉS DOMÍNGUEZ, V: *Derecho procesal penal...*, op. cit., pág. 289.

<sup>449</sup> MORENO CATENA, V/CORTÉS DOMÍNGUEZ, V: *Derecho procesal penal...*, op. cit., pág. 290.

En este sentido, y como indica Marchena, nos encontramos ante casos en los que, en referencia con el contenido de la resolución judicial habilitante, existe una “reforzada exigencia del principio de proporcionalidad en la definición de los lugares del domicilio susceptibles de vigilancia, la descripción de las medidas de control y la duración de la medida”<sup>450</sup>.

En tercer lugar, se procede a la regulación de la utilización de instrumentos técnicos que permiten el seguimiento y localización de cualquier persona investigada. Esta medida se corresponde con “la instalación de un dispositivo técnico que, durante un plazo de terminado, permita conocer las coordenadas geográficas en las que se sitúa el investigado, con independencia de que se valga o no de un equipo determinado para sus comunicaciones electrónicas”<sup>451</sup>. La regla general establece la necesaria autorización judicial que deberá de especificar el medio técnico que va a ser utilizado; no obstante, se regula también la posibilidad de un control judicial aplazado en los supuestos de urgencia. Como señala Marchena, “la reforma, como ya hemos señalado, introduce un sistema de control judicial para la validez de la incorporación de esos datos al proceso penal. Sin embargo, acepta la posibilidad de una iniciativa por parte de la Policía Judicial, cuya procedencia y validez queda subordinada, sin embargo, a un control judicial de carácter aplazado”<sup>452</sup>, siendo necesaria la ratificación posterior de la medida que deberá producirse inmediatamente después de la comunicación por los agentes, en un plazo de 24 horas, desde su instalación. Asimismo, como indica el profesor Moreno Catena, “llama la atención que la ley no se refiera a ningún tipo delictivo concreto ni que establezca un rango mínimo de pena a partir del cual resulte procedente la adopción de esta medida”<sup>453</sup>.

En cuarto lugar, se procede a la regulación de dispositivos de almacenamiento masivo de información. De esta manera “el legislador rompe así con una práctica no

---

<sup>450</sup> MARCHENA GÓMEZ, M/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N: *La reforma de...*, op. cit., pág. 338.

<sup>451</sup> MARCHENA GÓMEZ, M/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N: *La reforma de...*, op. cit., pág. 361.

<sup>452</sup> MARCHENA GÓMEZ, M/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N: *La reforma de...*, op. cit., pág. 367.

<sup>453</sup> MORENO CATENA, V/CORTÉS DOMÍNGUEZ, V: *Derecho procesal penal...*, op. cit., pág. 291.



siempre respetuosa con la sustantividad de otros derechos de rango constitucional que pueden verse comprometidos en el momento de la realización de un registro judicialmente autorizado. No faltan resoluciones que hacen extensiva la habilitación judicial concedida para la intromisión domiciliaria a la aprehensión de todos aquellos soportes de información que pueda contenerse en el interior de la vivienda”<sup>454</sup>. No obstante, “el nuevo precepto rechaza considerar esos instrumentos de almacenamiento como piezas de convicción respecto de los cuales el acceso a su contenido estaría legitimado por la autorización general otorgada por el Juez a los agentes para adentrarse en el domicilio en el que aquéllos son custodiados”<sup>455</sup>. De ahí la exigencia de que la autorización judicial no solo se centre en la justificación de los motivos que justifican la entrada en el domicilio del investigado sino también en la aprehensión de aquellos dispositivos de almacenamiento de información que puedan resultar útiles para la investigación. Lo normal es que esta segunda autorización se pida posteriormente una vez se compruebe, tras la entrada en el domicilio, la existencia de estos dispositivos. Igualmente se prevé la posibilidad de que la aprehensión del dispositivo se realice fuera del domicilio en cuyo caso se procederá a su aprehensión y se solicitará autorización judicial para su registro.

Asimismo, al igual que en la medida anterior, “cuando existan razones de urgencia y haya un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida, la Policía judicial podrá examinar directamente los datos contenidos en el dispositivo, dando cuenta a la autoridad judicial a la mayor brevedad, y en todo caso en veinticuatro horas, para que éste proceda a confirmar o revocar la actuación”<sup>456</sup>.

Por último, se regula “la posibilidad de un registro remoto sobre equipos informáticos que facilita la injerencia de los poderes públicos en el entorno virtual del investigado”<sup>457</sup>. Nos encontramos ante un caso de injerencia, en el derecho al secreto de

---

<sup>454</sup> MARCHENA GÓMEZ, M/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N: *La reforma de...*, op. cit., pág. 373.

<sup>455</sup> MARCHENA GÓMEZ, M/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N: *La reforma de...*, op. cit., pág. 373.

<sup>456</sup> MORENO CATENA, V/CORTÉS DOMÍNGUEZ, V: *Derecho procesal penal...*, op. cit., pág. 293.

<sup>457</sup> MARCHENA GÓMEZ, M/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N: *La reforma de...*, op. cit., pág. 386.

las comunicaciones y en el derecho a la intimidad, de especial intensidad. Como señala Marchena, “se trata de una entrada subrepticia eludiendo las barreras de protección del usuario que está siendo objeto de investigación. Es una actuación oculta, a escondidas, mediante la que los agentes facultados penetran en el contenido de un ordenador o cualquier otro dispositivo de almacenamiento masivo y lo hacen con el fin de obtener datos incorporados a ese sistema y que pueden ser de interés para la investigación”<sup>458</sup>.

Como señala el profesor Moreno Catena, “el empleo de programas troyanos se permite solamente para la investigación de una serie de delitos, como los de terrorismo, delincuencia organizada, los cometidos contra menores o contra personas con capacidad modificada judicialmente, los delitos contra la Constitución, la traición y relativos a la defensa nacional y los cometidos a través de instrumentos informáticos o de otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación”<sup>459</sup>.

Dado el nivel de injerencia en la ámbito personal de las personas, la ley establece un plazo máximo de un mes de duración de esta medida, prorrogable por iguales periodos hasta un plazo máximo de tres meses.

Es importante destacar que, al igual que para la intervención de las comunicaciones, en todas estas nuevas medidas se requiere “*autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida*”<sup>460</sup>, que obligarán, en todo caso, a que la medida sea acordada por el Juez competente por medio de resolución motivada, en la que deberá especificar el alcance de la medida, los dispositivos concretos utilizados y sobre los que se va intervenir, los agentes encargados de llevar a cabo dicha medida, la autorización para la realización y conservación de los datos obtenidos, así como las medidas para preservación íntegra de los datos almacenados.

---

<sup>458</sup> MARCHENA GÓMEZ, M/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N: *La reforma de...*, op. cit., pág. 386.

<sup>459</sup> MORENO CATENA, V/CORTÉS DOMÍNGUEZ, V: *Derecho procesal penal...*, op. cit., pág. 294.

<sup>460</sup> Art. 588 bis. LECrim.

No obstante, la Ley prevé una excepción a la regla general en casos de urgencia. Cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con actividades terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible esta medida, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. Será necesaria su comunicación inmediata al juez competente dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, quien deberá confirmar o revocar la medida dentro de un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fuera acordada<sup>461</sup>.

Por último, es importante destacar el deber de colaboración por parte de todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones que, de acuerdo con el art. 588 ter e.<sup>462</sup>, tendrán la obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades.

#### 6.4.2. Medidas cautelares personales

---

##### <sup>461</sup> **Artículo 588 ter d Solicitud de autorización judicial**

*1. La solicitud de autorización judicial deberá contener, además de los requisitos mencionados en el artículo 588 bis b, los siguientes:*

- a) la identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica,*
- b) la identificación de la conexión objeto de la intervención o*
- c) los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate.*

*2. Para determinar la extensión de la medida, la solicitud de autorización judicial podrá tener por objeto alguno de los siguientes extremos:*

- a) El registro y la grabación del contenido de la comunicación, con indicación de la forma o tipo de comunicaciones a las que afecta.*
- b) El conocimiento de su origen o destino, en el momento en el que la comunicación se realiza.*
- c) La localización geográfica del origen o destino de la comunicación.*
- d) El conocimiento de otros datos de tráfico asociados o no asociados pero de valor añadido a la comunicación. En este caso, la solicitud especificará los datos concretos que han de ser obtenidos.*

*3. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. Esta medida se comunicará inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida.*

##### <sup>462</sup> **Artículo 588 ter e Deber de colaboración**

*1. Todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, están obligados a prestar al juez, al Ministerio Fiscal y a los agentes de la Policía Judicial designados para la práctica de la medida la asistencia y colaboración precisas para facilitar el cumplimiento de los autos de intervención de las telecomunicaciones.*

*2. Los sujetos requeridos para prestar colaboración tendrán la obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades.*

*3. Los sujetos obligados que incumplieren los anteriores deberes podrán incurrir en delito de desobediencia.*

## A) En materia de detención

### A.1.- Prolongación del plazo de detención policial

El art. 17.2 CE establece en la detención preventiva un plazo máximo de setenta y dos horas como límite “*para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos*”; transcurrido dicho plazo el detenido ha de “*ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial*”.

La suspensión de este derecho solo puede consistir en la prolongación de este plazo máximo de detención, para lo que será necesaria una autorización judicial previa que deberá dictarse antes de que finalice ese plazo de 72 horas. De ahí que esta suspensión no suponga una eliminación de la garantía, sino simplemente una ampliación del plazo máximo establecido. Pese a que dicha posibilidad de suspensión viene recogida en el art. 55.2 CE, no se especifica el plazo hasta el que podrá prorrogarse dicho periodo, ya que ha venido variando en función de las diferentes Leyes de desarrollo.

De esta manera, el plazo inicialmente previsto de siete días más, a sumar a los tres iniciales, regulado tanto en el art. 2<sup>463</sup> de la Ley 56/1978 como en el art. 3<sup>464</sup> de la LO 11/1980, se mantuvo igual en la Ley Orgánica 9/1984 en su art. 13<sup>465</sup>, que

---

<sup>463</sup> **Artículo 2 Ley 56/1978, de 4 de diciembre.-**

*Los detenidos por hallarse implicados en cualquiera de los delitos enumerados en el artículo anterior serán puestos a disposición del Juez competente para instruir el correspondiente procedimiento, dentro de las setenta y dos horas siguientes. No obstante, la detención gubernativa podrá prolongarse el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un plazo máximo de otros siete días, siempre que tal prolongación se ponga en conocimiento del Juez antes de que transcurran las setenta y dos horas de la detención. El Juez, en el término previsto en el artículo cuatrocientos noventa y siete de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denegará o autorizará la prolongación propuesta.*

<sup>464</sup> **Artículo 3 Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre.-**

*Los detenidos por hallarse implicados en cualquiera de los delitos enumerados en el artículo primero, serán puestos a disposición del Juez competente para instruir el correspondiente procedimiento, dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, la detención gubernativa podrá prolongarse el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un plazo máximo de otros siete días, siempre que tal propuesta se ponga en conocimiento del Juez antes de que transcurran las setenta y dos horas de la detención. El Juez, en el término previsto en el artículo cuatrocientos noventa y siete de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denegará o autorizará la prolongación propuesta.*

<sup>465</sup> **Artículo 13 Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre.-**

*Los detenidos, por hallarse comprendidos en esta Ley, serán puestos a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, la detención preventiva podrá*

estableció el plazo de diez días. Dicho plazo fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional, en STC nº 199/1987, por considerar que *“resulta excesivo, y no se corresponde con los plazos que para este tipo de delitos han establecido las legislaciones más cercanas a la nuestra”*.

Finalmente, la Ley Orgánica 4/1988, en su artículo 520 bis<sup>466</sup>, establece la posibilidad de prolongar la detención de todo presunto partícipe de un delito de terrorismo el tiempo necesario para los fines de la investigación, hasta un límite máximo de otras 48 horas (añadidas a las 72 ordinarias), siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras 48 horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las 24 horas siguientes. Tanto la autorización como la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivadas.

Es importante destacar que la suspensión del derecho se limita a la posibilidad de prolongación del tiempo de detención, manteniéndose intactos el resto de derechos que amparan al detenido. En palabras de la profesora Lamarca, “en este caso la suspensión del derecho se circunscribe exclusivamente a esa prolongación del tiempo de detención. Ni se altera el significado procesal de la detención preventiva ni, sobre todo, decaen las demás garantías que asisten al detenido. Ello supone que, a reserva de lo que luego se dirá, la persona detenida goza de los derechos contenidos en el artículo 520 de

---

*prolongarse el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un plazo máximo de otros siete días, siempre que tal propuesta se ponga en conocimiento del Juez antes de que transcurran las setenta y dos horas de la detención. El Juez, en el término de veinticuatro horas, denegará o autorizará la prolongación propuesta.*

<sup>466</sup> **Artículo 520 bis LECrim.-**

**1.** Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención.

No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada.

**2.** Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decreta su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el Juez hubiere dictado la resolución pertinente.

**3.** Durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste.

la LECrim y, en particular, del “*derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que solo declarará ante el Juez*”; del “*derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable*”; del derecho, en fin, “*a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal...*”<sup>467</sup>.

Desde un punto de vista cuantitativo, a los efectos de poder determinar el grado de utilización de esta medida y el tiempo medio de duración de los periodos de detención en el caso de los delitos de terrorismo, tomando como referencia los detenidos en 2016 por su vinculación con el terrorismo yihadista, podemos concluir que, aunque la ley lo autorice, en la práctica no son habituales los casos en los que se apure ese plazo de cinco días, y lo normal es que el detenido pase a disposición judicial dentro de las setenta y dos horas iniciales.

Las principales críticas a esta medida las encontramos en relación con el derecho a no declarar de los detenidos y el derecho a la integridad física y moral. Este plazo de prolongación de detención, junto con el de la posibilidad de incomunicación del detenido, se ha puesto en relación con el derecho a no declarar y el derecho a la integridad física y moral, sembrando una duda sobre la posibilidad de favorecer el uso de la tortura durante ese plazo para criticarlo. Se dice que si el detenido se ha negado a declarar y no se le puede forzar, ¿qué se va a conseguir prolongando el plazo de detención? La realidad es muy distinta y aunque, como decíamos anteriormente, no es habitual apurar el plazo de los cinco días, sí es cierto que la práctica de otras diligencias y el hallazgo de medios de prueba a través de otras diligencias, pueden conducir a que lo que en un primer momento era una negativa a declarar del detenido se convierta en una declaración policial, sin que ello suponga necesariamente la obtención de la misma por medio de tortura.

En este sentido se han manifestado autores como Cobo del Rosal, que afirma que “después de 13 días incomunicado, con un abogado de oficio, y sin haber tenido, prácticamente ningún contacto con el exterior, la declaración que puede prestar el preso

---

<sup>467</sup> LAMARCA PÉREZ, C: *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pág. 404.

carece absolutamente de cualquier valor probatorio<sup>468</sup>. O la profesora Pérez Machío, que afirma que, aunque no puede afirmarse que sistemáticamente la incomunicación comporte torturas y malos tratos, “la vigencia de un sistema diseñado al amparo de la norma mencionada (incomunicación provisional automática) puede conllevar numerosos efectos no deseables, y entre ellos, el riesgo de prácticas tan execrables como las torturas y los malos tratos, ante la existencia de un espacio policial en el que se carece o bien de control judicial alguno (en el primer período de 24 horas) o bien de la efectividad del mismo una vez autorizada su aplicación<sup>469</sup>”.

Tabla 2. Detenidos por terrorismo yihadista en España en 2016<sup>470</sup>

<i>Número de detenidos</i>	<i>Fecha de detención</i>	<i>Fecha disposición judicial</i>	<i>Días transcurridos</i>
2	28/12	30/12	2
1	12/12	12/12	-
1	13/12	15/12	2
1	30/11	2/12	2
2	30/11	2/12	2
1	30/11	2/12	2
4	28/11	30/11	2
1	27/11	29/11	2
2	19/11	21/11	2
4	9/11	11/11	2
1	26/10	28/10	2
2	25/10	28/10	3
4	12/10	14/10	2
2	11/10	13/10	2
3	28/9	30/9	2

<sup>468</sup> COBO DEL ROSAL, M: *Tratado de Derecho procesal penal...*, op. cit., pág. 534.

<sup>469</sup> PÉREZ MACHÍO, A.I: “La detención incomunicada en los supuestos de terrorismo: ¿una medida lesiva de derechos humanos?”, en *Aplicación de la normativa antiterrorista* ISBN: 978-84-692-3431-0. Universidad del País Vasco. 2008, págs. 174.

<sup>470</sup> Elaboración propia a partir de información obtenida a través de los medios de comunicación que se relaciona en el Anexo II.

2	26/9	27/9	1
1	14/9	16/9	2
2	27/7	28/7	1
3	1/7	4/7	3
1	7/6	9/6	2
1	31/5	2/6	2
4	3/5	5/5	2
1	5/4	6/4	1
1	12/4	13/4	1
1	19/4	21/4	2
2	16/4	18/4	2
1	25/2	27/2	2
3	23/2	25/2	2
6	7/2	9/2	2
1	7/2	10/2	3

**Total 61<sup>471</sup>**

**Tiempo medio de detención: 2 días**

#### A.2) Incomunicación del detenido

En las detenciones previstas en el art. 520 bis 1. LECrim<sup>472</sup> puede decretarse, como en cualquier otra detención, la incomunicación del detenido por parte de la

<sup>471</sup> Fuente: Información periodística y datos ofrecidos por el Ministerio del Interior. El dato ofrecido por el Ministerio del Interior en relación con los detenidos en el año 2016 por terrorismo yihadista es de 69, no correspondiéndose con la realidad e incluyendo algunos detenidos a finales de 2015 y principios de 2017.

<sup>472</sup> **Artículo 520 bis LECrim.-**

*1. Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención.*

*No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada.*



autoridad judicial. La diferencia es que, en estos casos, la autoridad gubernativa puede solicitar al juez la incomunicación de la persona afectada, que deberá responder en el plazo de 24 horas, quedando, mientras tanto, incomunicado provisionalmente el detenido (art. 520 bis. 2 LECrim<sup>473</sup>). Dándose por tanto un plazo de 24 horas en las que, el detenido por delitos de terrorismo, podrá estar detenido por orden de la autoridad gubernativa, sin que el Juez se haya pronunciado aún al respecto. En todo caso, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste (art. 520 bis. 3<sup>474</sup>).

La regulación expresa de esta medida de incomunicación ha sido una de las modificaciones introducidas por la reciente Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Eran diversas las voces, provenientes tanto de organismos nacionales -entre otros, el Mecanismo Nacional para la prevención de la tortura<sup>475</sup>- como internacionales -entre los que destaca, el Comité contra la tortura de Naciones Unidas<sup>476</sup>- que venían señalando la necesidad de incrementar las garantías frente a la tortura o malos tratos a la hora de la aplicación de esta medida. De ahí que se haya modificado el art. 527 de la LECrim<sup>477</sup> y se especifique

---

<sup>473</sup> 2. Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decreta su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el Juez hubiere dictado la resolución pertinente.

<sup>474</sup> 3. Durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste.

<sup>475</sup> Órgano independiente encargado del desarrollo de actividades de defensa y protección de los Derechos Fundamentales, así como, de labores de prevención de la tortura. Condición atribuida al Defensor del Pueblo, a través de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que introduce una disposición final única en la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, el cual lleva a cabo un sistema de visitas periódicas a los lugares en que se encuentran personas privadas de libertad con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

<sup>476</sup> El Comité contra la Tortura ("CAT" por sus siglas en inglés) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT) por sus Estados Parte.

<sup>477</sup> **Artículo 527 LECrim.-**

1. En los supuestos del artículo 509, el detenido o preso podrá ser privado de los siguientes derechos si así lo justifican las circunstancias del caso:

a) Designar un abogado de su confianza.

con mayor detalle el alcance de la medida, el tiempo de duración y la manera en la que deberá ser decretada por el Juez.

Cierto es que, en lo que respecta a esta medida, se ha producido una importante evolución. De la posibilidad, regulada en el último párrafo del artículo 2<sup>478</sup> de la Ley 56/1978, de que el detenido pudiera ser incomunicado por la autoridad gubernativa “*por el tiempo que estime necesario mientras se completan las diligencias o la instrucción sumarial*”, se pasó, tras la Sentencia nº 199/1987, que decretó esta posibilidad como de inconstitucional, a la regulación de la medida en el art. 509<sup>479</sup> LECrim, que estableció un plazo de cinco días prorrogables por otros tres más.

Debemos destacar que la especificidad de esta medida, en relación con los detenidos por delitos de terrorismo, se encuentra en la posibilidad de esa primera autorización de la medida por parte de la autoridad gubernativa, pero que deberá ser

---

*b) Comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense.*

*c) Entrevistarse reservadamente con su abogado.*

*d) Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.*

*2. La incomunicación o restricción de otro derecho del apartado anterior será acordada por auto. Cuando la restricción de derechos sea solicitada por la Policía Judicial o por el Ministerio Fiscal se entenderán acordadas las medidas previstas por el apartado 1 que hayan sido instadas por un plazo máximo de veinticuatro horas, dentro del cual el juez habrá de pronunciarse sobre la solicitud, así como sobre la pertinencia de acordar el secreto de las actuaciones. La incomunicación y la aplicación al detenido o preso de alguna de las excepciones referidas en el apartado anterior será acordada por auto debiéndose motivar las razones que justifican la adopción de cada una de las excepciones al régimen general de conformidad con lo dispuesto en el artículo 509.*

*El juez controlará efectivamente las condiciones en que se desarrolle la incomunicación, a cuyo efecto podrá requerir información a fin de constatar el estado del detenido o preso y el respeto a sus derechos.*

*3. Los reconocimientos médicos al detenido a quien se le restrinja el derecho a comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo se realizarán con una frecuencia de al menos dos reconocimientos cada veinticuatro horas, según criterio facultativo.*

<sup>478</sup> **Artículo 2 Ley 56/1978.-**

*La autoridad que haya decretado la detención o prisión podrá ordenar la incomunicación por el tiempo que estime necesario mientras se completan las diligencias o la instrucción sumarial, sin perjuicio del derecho de defensa que asiste al detenido o preso.*

<sup>479</sup> **Artículo 509.2 LECrim (LO 4/1988).-**

*2. La incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior. La incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días. En los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días. No obstante, en estos mismos casos, el juez o tribunal que conozca de la causa podrá mandar que vuelva a quedar incomunicado el preso, aun después de haber sido puesto en comunicación, siempre que el desenvolvimiento ulterior de la investigación o de la causa ofreciese méritos para ello. Esta segunda incomunicación no excederá en ningún caso de tres días.*

inmediatamente puesta en conocimiento del Juez que deberá de ratificarla en un plazo no superior a las 24 horas. En ese momento, la prolongación de la medida, y su posible prórroga de acuerdo con la ley, deberá de ser autorizada por la autoridad judicial. En este sentido, el Tribunal Constitucional estableció, en su sentencia anteriormente citada, que *“la decisión de incomunicación corresponde siempre al órgano judicial aún en el caso de las detenciones gubernativas”*, y que *“el art. 55.2 de la Constitución no ha habilitado al legislador orgánico para suprimir en este caso la intervención judicial y para encomendar a la autoridad gubernativa, sin intervención judicial alguna, la medida de incomunicación”*. Por ello, debemos de entender que para no perjudicar el éxito de la instrucción se posibilita que, en estos casos específicos, la ordenación inmediata de la incomunicación pueda realizarla la autoridad gubernativa, pero ello no excluye ni impide el que la decisión definitiva al respecto haya de adoptarse por el órgano judicial. Justifica, en aras de la efectividad de la medida, una previa decisión de carácter provisional de la autoridad gubernativa, pero sometida y condicionada a la simultánea solicitud de la confirmación por el órgano judicial, garantía suficiente del derecho del afectado.

Asimismo, de conformidad al art. 527<sup>480</sup> LECrim, las consecuencias de la adopción de la medida de incomunicación para el detenido consistirán: en primer lugar, se le priva del derecho a designar un abogado de su confianza designándosele uno de

---

<sup>480</sup> **Artículo 527 LECrim.-**

**1.** En los supuestos del artículo 509, el detenido o preso podrá ser privado de los siguientes derechos si así lo justifican las circunstancias del caso:

- a)** Designar un abogado de su confianza.
- b)** Comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense.
- c)** Entrevistarse reservadamente con su abogado.
- d)** Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.

**2.** La incomunicación o restricción de otro derecho del apartado anterior será acordada por auto. Cuando la restricción de derechos sea solicitada por la Policía Judicial o por el Ministerio Fiscal se entenderán acordadas las medidas previstas por el apartado 1 que hayan sido instadas por un plazo máximo de veinticuatro horas, dentro del cual el juez habrá de pronunciarse sobre la solicitud, así como sobre la pertinencia de acordar el secreto de las actuaciones. La incomunicación y la aplicación al detenido o preso de alguna de las excepciones referidas en el apartado anterior será acordada por auto debiéndose motivar las razones que justifican la adopción de cada una de las excepciones al régimen general de conformidad con lo dispuesto en el artículo 509.

El juez controlará efectivamente las condiciones en que se desarrolle la incomunicación, a cuyo efecto podrá requerir información a fin de constatar el estado del detenido o preso y el respeto a sus derechos.

**3.** Los reconocimientos médicos al detenido a quien se le restrinja el derecho a comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo se realizarán con una frecuencia de al menos dos reconocimientos cada veinticuatro horas, según criterio facultativo.

oficio; en segundo lugar, se le priva del derecho a comunicar su detención a familiar o persona que el designe; en tercer lugar, se le priva de la posibilidad de entrevistarse reservadamente con su abogado; y por último, se le niega la posibilidad de poder acceder a las actuaciones.

Esta privación del derecho a designar abogado de su confianza, designándosele uno oficio (que ya venía recogida en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal introducida por Ley Orgánica 4/1988, en su artículo 527<sup>481</sup>), fue resuelta por el Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 196/1987, de 11 de diciembre, por la que resuelve la Cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona, por supuesta inconstitucionalidad del art. 527 a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este caso, el TC, partiendo de la distinción entre detenido y acusado, establece que: *“Debe aceptarse que en el ejercicio del derecho a la asistencia letrada tiene lugar destacado la confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas de su Letrado y, por ello, procede entender que la libre designación de éste viene integrada en el ámbito protector del derecho; es preciso, sin embargo, matizar que el elemento de confianza alcanza especial relieve cuando se trata de la defensa de un acusado en un proceso penal, donde frecuentemente se plantean complejos problemas procesales y sustantivos; pero no ocurre lo mismo en el supuesto de detención en primeras diligencias policiales, constitutiva de una situación jurídica en la que la intervención del Letrado responde a la finalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de asegurar, con su presencia personal, que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del Letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma”*. Por ello, considera que la restricción del

---

<sup>481</sup> **Artículo 527 LECrim (LO 4/1988).**-

*El detenido o preso, mientras se halle incomunicado, no podrá disfrutar de los derechos expresados en el presente capítulo, con excepción de los establecidos en el artículo 520, con las siguientes modificaciones:*

- a) En todo caso, su Abogado será designado de oficio.*
- b) No tendrá derecho a la comunicación prevista en el apartado d) del número 2.*
- c) Tampoco tendrá derecho a la entrevista con su Abogado prevista en el apartado c) del número 6.*

derecho a designar abogado de confianza en el momento de la detención incomunicada no vulnera el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada recogido en el art. 17.3<sup>482</sup> CE.

Cierto es que, desde un punto de vista práctico, la naturaleza del terrorismo yihadista, donde la mayoría de los detenidos son lobos solitarios o células terroristas individuales, hace que esta medida actualmente no sea tan necesaria de aplicar, como sí ocurría en el caso de los detenidos integrantes de la organización terrorista ETA. En el caso de los detenidos por su vinculación con ETA era habitual su incomunicación para evitar que pudieran contactar con otros miembros de la organización, evitando así tanto la huida de otros terroristas localizados como la posible destrucción de pruebas. En palabras del propio Tribunal Constitucional, en su Sentencia anteriormente citada, *“la especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos o las circunstancias subjetivas y objetivas que concurran en ellos pueden hacer imprescindible que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación sean practicadas con el mayor secreto, a fin de evitar que el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a esta propicien que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o se destruyen u ocultan pruebas de su comisión. En atención a ello, la Ley de Enjuiciamiento Criminal concede a la autoridad judicial la competencia exclusiva para decretar la incomunicación del detenido, medida excepcional de breve plazo de duración que tiene por objeto aislar al detenido de relaciones personales, que pueden ser utilizadas para transmitir al exterior noticias de la investigación en perjuicio del éxito de ésta”*<sup>483</sup>.

A la hora de poder realizar un análisis cuantitativo del grado de aplicación de esta medida, así como del periodo medio de duración de la misma, la no publicidad de los datos relacionados con la lucha antiterrorista, salvando el dato de detenidos, lo hace

---

<sup>482</sup> **Artículo 17.3 CE.-**

**3.** *Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.*

<sup>483</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 196/1987, de 11 de diciembre, por la que resuelve la Cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona, por supuesta inconstitucionalidad del art. 527 a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

difícil. En este sentido, solo se han localizado datos públicos sobre detenidos, y su incomunicación, relacionados con la organización terrorista ETA referidos el periodo 2000 al 2008.

Tabla 3. Detenidos por su vinculación con la organización terrorista ETA a los que se les ha aplicado la medida de incomunicación.

<i><b>AÑO</b></i>	<i><b>NÚMERO DE DETENIDOS</b></i>	<i><b>NÚMERO DE INCOMUNICADOS</b></i>
2000	172	124
2001	102	176
2002	78	183
2003	149	148
2004	35	74
2005	82	62
2006	31	20
2007	155	74
2008	98	95
<b>TOTAL</b>	<b>902<sup>484</sup></b>	<b>957<sup>485</sup></b>

El análisis de esta tabla nos permite sacar una serie de conclusiones. La primera de ellas, la falta de fiabilidad de los datos ofrecidos por la Dirección de Derechos Humanos del Gobierno Vasco, en tanto en cuanto la cifra de incomunicados es mayor que la cifra de detenidos ofrecida por el Ministerio del Interior. Y en segundo lugar, aun pudiendo tener como referencia la cifra que ofrece el Gobierno Vasco, que parte de 1231 personas detenidas para este periodo, lo que sí se puede concluir es que la medida de incomunicación no se ha aplicado por sistema a todos los detenidos por su vinculación con la organización terrorista ETA, sino solo en casos concretos.

<sup>484</sup> Datos obtenidos del Ministerio del Interior.

<sup>485</sup> LANDA GOROSTIZA, J.M: *Documentación de la tortura en detenidos incomunicados en el País Vasco desde el 2000 al 2008: Abordaje científico*. Dirección de Derechos Humanos, Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social, Gobierno Vasco, 31 marzo 2009.

Más interesante, aunque con las cautelas precisas (ya que parece que la cifra ofrecida de incomunicados no parece adecuarse con la realidad), es el análisis sobre los datos relacionados con el tiempo de duración de la medida de incomunicación. De ellos se desprende que más de la mitad de los incomunicados lo habrían sido por un plazo de dos a cuatro días; un tercio, de cuatro a cinco días; y un porcentaje muy pequeño por un plazo superior a cinco días. Pudiéndose afirmar que, en la mayoría de los casos, el plazo de incomunicación se ha limitado al plazo ordinario establecido en la Ley, sin necesidad de prorrogarlo por tratarse de un delito de terrorismo.

Tabla 4. Duración de la incomunicación aplicada a detenidos por su vinculación con la organización terrorista ETA.

<i><b>Duración de la incomunicación (en días)</b></i>	<i><b>Número de casos</b></i>	<i><b>% respecto al total</b></i>
De 0 a 1	28	2,92%
De 1 a 2	77	8,04%
De 2 a 3	233	24,34%
De 3 a 4	286	28,88%
De 4 a 5	248	25,91%
De 5 a 6	65	6,79%
<b>TOTAL</b>	<b>957</b>	

En lo que respecta a la aplicación de la medida de incomunicación en la actualidad, debemos remitirnos a los Informes anuales elaborados por el Defensor del Pueblo como Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de España. Esta figura fue creada en 2009 y, como órgano independiente, lleva a cabo un sistema de visitas periódicas a los lugares en los que se encuentran personas privadas de libertad con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En concreto, en los Informes relativos al 2014<sup>486</sup> y 2015<sup>487</sup> hace mención a esta cuestión, concluyendo que, durante los años 2013, 2014 y 2015, a la gran mayoría de los

<sup>486</sup> Informe Anual 2014. Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Defensor del Pueblo. Madrid, 2015.

<sup>487</sup> Informe Anual 2016 Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Defensor del Pueblo. Madrid, 2016.

detenidos por delitos de terrorismo no se les ha aplicado la detención incomunicada, y solo sucedió así en apenas un 8% de los casos, y en ningún caso en 2015.

Al igual que con la prórroga del plazo de detención, las principales críticas a la aplicación de la medida de la incomunicación las encontramos en relación con el derecho a no declarar de los detenidos y el derecho a la integridad física y moral. Los que critican estas medidas establecen una relación causa-efecto entre la prórroga de la detención junto con la incomunicación y el favorecimiento de la tortura. Sembrando con ello la duda sobre la validez de las declaraciones prestadas en sede policial y que, posteriormente, no son ratificadas ante el juez<sup>488</sup>.

Frente a los que defienden que “solo estaría permitido incomunicar en nuestro Derecho a los presos preventivos y a los detenidos por delitos relacionados con la actividad de bandas armadas, terroristas o rebeldes; a los primeros en virtud de los artículos 506 y siguientes de la LECr, y a los segundos por mor del artículo 520 bis.2 del mismo cuerpo legal”<sup>489</sup>, hay voces que sostienen que “la vigencia de un sistema diseñado al amparo de la norma mencionada (incomunicación provisional automática) puede conllevar numerosos efectos no deseables, y entre ellos, el riesgo de prácticas tan execrables como las torturas y los malos tratos, ante la existencia de un espacio policial en el que se carece o bien de control judicial alguno (en el primer período de 24 horas) o bien de la efectividad del mismo una vez autorizada su aplicación”<sup>490</sup>.

En relación con las torturas debemos indicar que su denuncia ha sido una práctica habitual en el ámbito de la organización terrorista ETA. En este sentido, son muchos los documentos incautados a diferentes comandos de la organización en los que se daban instrucciones específicas a los miembros de ETA sobre la manera de proceder y qué denunciar en el momento de su detención<sup>491</sup>. Esta circunstancia fue recogida en la

---

<sup>488</sup> OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA: Privación de libertad y Derechos Humanos: la tortura y otras formas de violencia institucional. Barcelona. 2008, pág. 343.

<sup>489</sup> BANACLOCHE PALAO, J: *La libertad personal* y..., op. cit., pág. 350.

<sup>490</sup> PÉREZ MACHÍO, A.I: “La detención incomunicada...”, op. cit., pág. 174.

<sup>491</sup> A modo de ejemplo indicaremos dos documentos. El primero de ellos, “Manual de ETA para denuncias falsas” intervenido en el domicilio de los miembros liberados del comando “ARABA/98”



Sentencia del Tribunal Supremo nº 1136/2011, de 2 de noviembre, con motivo de la condena a cuatro miembros de la Guardia Civil por supuestas torturas a dos detenidos de ETA. En dicha Sentencia, el Tribunal Supremo, al revisar la condena por torturas impuesta por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, reconocía la existencia de uno de estos documentos y las directrices dadas por ETA al respecto: *“a los folios 231 a 237 de esta causa se recoge el documento, obrante a su vez a los folios 662 y 1.045 del sumario 2/2008 del Juzgado Central de instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional, que fue intervenido al tercer miembro del Comando "Elurra" Mikel San Sebastián, no detenido el 6 de enero de 2008, sino posteriormente. Dicho documento se titula "Haciendo frente a la detención" que los querellantes en esta causa dijeron conocer perfectamente. Tales instrucciones a sus militantes, impartiendo órdenes expresas, se acomodan a las características de la denuncia que inició este proceso. Entre las afirmaciones del documento intervenido, que respondían a la pregunta ¿por qué denunciar? son de reseñar las siguientes:*

- *"Esta campaña ha sido y debe ser siempre una norma de todo militante....".*
- *"Pensamos que no se prepara como es debido la detención. Ni el miedo, ni la importancia de una caída, ni las amenazas que recibamos, deben hacernos olvidar ese deber que todo militante tiene....".*
- *"Si la detención se produce en la calle, y es normal, dejar los golpes para la entrada en comisaría o en el vehículo policial. En este caso gritar como si os mataran, gritar también el nombre y forcejear lo que podáis luego ya sacaremos testigos, además hará creíble todo lo que contéis...".*
- *"...Intentar conseguir que se produzcan efectos que se puedan utilizar para sensibilizar y concienciar al pueblo, por ejemplo: ... ingreso en clínicas y hospitales.... todo esto facilita la tarea posterior en medios de comunicación, abogados, kale borroka....".*
- *"Denunciar a cuantos txakurras (policías) podáis, aquí la imaginación no tiene límites y podéis desarrollarla sin miedo, no os van a represaliar por una denuncia falsa...".*
- *"Hablar de interrogatorios, golpes, bolsa, bañera, potro, tortura psicológica...".*

---

detenidos el 19/3/98. Y el segundo de ellos, con el título “Haciendo frente a la detención” firmado por el jefe de ETA, Mikel Aspiazu alias “Txeroki”, e incautado al miembro del comando Elurra Mikel San Sebastián en el momento de su detención el 15/2/2008.

- *"Ante el juez negar todo y tan solo hablar de torturas, no os importe ser pesados, al final veremos los frutos..."*.

No obstante, a pesar de que ha quedado acreditado en más de una ocasión esta estrategia de denuncias falsas orquestada por la dirección de la organización terrorista ETA, por parte de nuestro país se han venido adoptando una serie de medidas para evitar cualquier sombra de sospecha sobre la actuación de nuestras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra el terrorismo. La adopción de estas medidas no debe de ser interpretada en clave de reconocimiento de que las prácticas utilizadas no fueran correctas, sino como reforzamiento de nuestro Estado de derecho ante una estrategia que, precisamente, lo que busca es el debilitamiento de las instituciones del Estado que participan de la lucha antiterrorista.

Cierto es que, en los últimos años, comprobamos como para muchos Jueces, tanto de la Audiencia Nacional como del Tribunal Supremo, se ha invertido la carga de la prueba en lo que al delito de torturas se refiere, pasando de la necesidad de probar la existencia del delito por parte de los detenidos a la necesidad de probar la no existencia de torturas por parte de las acusaciones personadas en los procedimientos. A modo de ejemplo citaremos la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Nacional nº 16/2016, de 29 de abril, en la que, frente a una supuesta denuncia de torturas, archivada previamente por la Audiencia Provincial de Pamplona, el Tribunal reprocha a las acusaciones su pasividad a la hora de demostrar que no existieron esas torturas, más allá de la declaración de los Guardias Civiles encargados de tomar dicha declaración. En este caso, el Tribunal estimó que: *"Respecto de su posibilidad de ser tenidas estas declaraciones policiales como existentes y aptas para hacer prueba o ser objeto de prueba, la primera objeción a tener en cuenta es la existencia de denuncia expresa de haber sido obtenidas bajo tortura por parte del acusado. La segunda, relacionada con ésta es la de que en el acto de la vista no se ha llevado a cabo ninguna concreta actividad probatoria respecto a las circunstancias en que se desarrollaron las indicadas declaraciones, ni siquiera la imprescindible sobre las condiciones psicofísicas del sujeto emisor. Únicamente se practicó la declaración de los testigos Guardias Civiles H-44482-S y S-19290.Q, instructor y secretario de las actas de manifestaciones de J.O, quienes refirieron las circunstancias de la detención y lo declarado por éste"*. Para más adelante señalar que: *"Disponemos únicamente de las*

*declaraciones al respecto del acusado consignadas en el acta judicial de la declaración, y objeto de la denuncia sobre la que recayó posterior auto de sobreseimiento libre y archivo del juzgado que llevó a cabo la investigación, confirmado por la Audiencia Provincial de Pamplona. Pero al margen de este resultado procesal, y del posible debate sobre la observancia de los estándares internacionales en la investigación de esta clase de delitos, sobre lo que no compete a esta resolución pronunciarse, estimamos que si debe tenerse en cuenta que existe en este momento y planteado ante este Tribunal un claro cuestionamiento por parte de quien emitió las declaraciones de las condiciones de libertad, voluntariedad y espontaneidad en que se prestación y en general de las condiciones y trato durante la detención policial no atendido ni resuelto en ningún sentido por el desinterés mostrado en el acto del juicio por este tema por parte de las acusaciones, lo que a nuestro juicio resulta incompatible con cualquier pretensión por su parte de que dichas declaraciones puedan tener alguna clase de valor probatorio, e incluso para que puedan servir como propio objeto de prueba”.*

Este nuevo escenario existente en la Audiencia Nacional, junto con las recomendaciones del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT)<sup>492</sup> que ha visitado España en doce ocasiones, ha hecho que por parte de España se hayan ido adoptando una serie de medidas tendentes a clarificar al máximo, y a borrar cualquier género de duda, sobre la actuación de nuestras Fuerzas de Seguridad en materia de antiterrorismo.

Entre las novedades más destacadas que se han puesto en práctica en nuestro país en materia de prevención de la tortura, podemos destacar:

En primer lugar, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales, anteriormente aludida, y que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2013/48 de la Unión Europea, sobre el

---

<sup>492</sup> El Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (antiguamente denominado *Comité para la prevención de la tortura*, abreviado CPT) es un órgano del Consejo de Europa (CE), cuyo objetivo es la prevención de los casos de tortura y otros tratos inhumanos o degradante en el territorio de los Estados signatarios de la Convención europea para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes que entró en vigor en 1989 y fue ratificada por los 47 países miembros del CE. Todo estado no miembro del CE puede ser invitado a firmarla por el Comité de Ministros del CE

derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. En dicha reforma, la detención incomunicada se configura expresamente como un régimen excepcional, que exige motivación judicial y en el que la limitación de determinados derechos no es automática. El juez podrá adoptar alguna, varias o ninguna de las medidas restrictivas de derechos previstas, únicamente, cuando se den las circunstancias enumeradas en la Directiva 2013/48/UE, esto es: una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona y/o una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal.

En segundo lugar, debemos destacar la medida adoptada en el año 2010 referente a la creación de una base de datos en la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, que recoge información estadística sobre denuncias de actos de tortura y malos tratos, así como sobre cualquier queja o denuncia de comportamientos policiales que puedan constituir denegación de garantías a los ciudadanos bajo custodia policial.

En tercer lugar, y tras la entrada en vigor el 22 de junio de 2006 del Protocolo Facultativo de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o degradantes con el objeto de prevenir la tortura y suscrito por nuestro país, las Cortes Generales decidieron, a finales de 2009, atribuir la condición de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNP) de España al Defensor del Pueblo, a través de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que introduce una disposición final única en la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo.

En cuarto lugar, debemos destacar la adopción del nuevo protocolo por parte de la Secretaría de Estado de Seguridad en noviembre de 2015, en relación con la actuación en las áreas de custodia a detenidos de Policía Nacional y Guardia Civil y que

incorporó sistemas de video-vigilancia y el uso de celdas independientes para determinados arrestados<sup>493</sup>.

Asimismo, merece una especial mención la doctrina asentada, en los últimos tiempos, por el Tribunal Constitucional referente al deber de investigar las denuncias sobre torturas, estableciendo los parámetros necesarios para considerar la existencia de una investigación rigurosa sobre la materia. Así, en una de sus últimas sentencias, la nº 130/2016, de 18 de julio, establece que es necesario que se realice una investigación oficial eficaz para encontrar alguna prueba que confirme o contradiga el relato de los hechos ofrecidos por los demandantes, insistiendo en que: *“Existe un especial mandato de desarrollar una exhaustiva investigación agotando cuantas posibilidades de indagación resulten útiles para aclarar los hechos, habida cuenta de que es necesario acentuar las garantías en los supuestos en que el valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido con motivo de una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado. A esos efectos, las citadas SSTC 12/2013, FJ 3, y 153/2013, FJ 4, ponen de manifiesto que hay que atender a las circunstancias concretas de cada caso y hacerlo siempre teniendo presente la escasez de pruebas que de ordinario existen en este tipo de delitos; y que así como los malos tratos físicos suelen dejar un rastro perceptible por el menoscabo corporal en el que consisten, cuando se denuncia un maltrato psicológico u otros tipos de conductas que no supongan ese menoscabo las secuelas reveladoras del mismo son de más difícil apreciación, por lo que resulta necesario atender al panorama indiciario que puede derivarse de una pluralidad de fuentes como son, al margen de la propia declaración del denunciante, los reconocimientos médicos que se realizan a todo detenido, las manifestaciones efectuadas en cuanto el detenido pasa a disposición judicial y se le recibe la primera declaración por el Juez, así como la de otros intervinientes que hubieran entrado en contacto con el detenido como el profesional del turno de oficio que debe prestar la asistencia letrada obligatoria”*.

Por último, debemos destacar la utilización, como medio de prueba en los procesos judiciales, del conocido como Protocolo de Estambul<sup>494</sup>. Aunque de manera

---

<sup>493</sup> GABINETE PRENSA MINISTERIO DEL INTERIOR: *La Secretaría de Estado de Seguridad establece un nuevo protocolo policial de actuación en las áreas de custodia a detenidos*. Madrid. 7/11/2015.

<sup>494</sup> Véase el artículo 17 del Protocolo de Estambul, que establece que el protocolo de actuación en las áreas de custodia a detenidos debe ser el resultado de la cooperación entre los servicios de custodia y los servicios de asistencia jurídica.

minoritaria, se empieza a tener en cuenta esta prueba pericial tanto en resoluciones de la Audiencia Nacional como del Tribunal Supremo, a los efectos de valorar la veracidad de las denuncias de torturas. Este Protocolo fue aceptado por primera vez como prueba pericial en el Sumario seguido en la Audiencia Nacional contra 36 presuntos integrantes de la organización terrorista Segi, que resultaron finalmente absueltos por Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Penal nº 26/2014 de 14 de mayo. En una segunda ocasión el Tribunal Supremo, en su Sentencia 620/2016 de 12 de julio, reprochó a la Audiencia Nacional la indebida denegación de la prueba pericial, propuesta en tiempo y forma, consistente en la aplicación del Protocolo de Estambul al entonces detenido en régimen de incomunicación y anuló su sentencia.

Como señalábamos anteriormente, la otra crítica derivada de la aplicación del régimen de incomunicación, junto con la cuestión relativa a las torturas, se refiere al valor probatorio que debe de dársele a las declaraciones prestadas en sede policial no ratificadas ante el Juez. Esta cuestión ha sido objeto de un importante desarrollo tanto jurisprudencial, por parte del Tribunal Supremo, como doctrinal, por parte del Tribunal Constitucional. Dicha evolución se plasma de una manera exhaustiva en la Sentencia nº 487/2015, de 20 de julio, del Tribunal Supremo.

Como se indica en dicha Sentencia, la problemática sobre la valoración de estas declaraciones no es reciente y venía siendo objeto de diferentes interpretaciones por parte de los órganos judiciales. De hecho, debemos resaltar, como primer punto de inflexión, el Acuerdo no jurisdiccional adoptado por el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de fecha 28.11.2006. Así, antes del citado acuerdo, algunas sentencias del Tribunal Supremo, entre ellas la STS nº 1428/99, de 8 de octubre, se habían mostrado a favor de considerar que tales declaraciones tendrían valor probatorio siempre que se introdujeran en el acto del juicio a través de su lectura, de conformidad con lo establecido en el art. 714 LECrim, mientras que otras resoluciones, SSTS nº 944/2003, de 23 de junio, o nº 5/2006, de 18 de enero, se habrían mostrado en contra de esta posibilidad.

---

<sup>494</sup> Protocolo de Estambul es un Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que fue presentado a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos el día 9 de Agosto de 1999.

Asimismo, se había defendido la posibilidad de valorar estas declaraciones si, además de ser introducidas debidamente en el acto del juicio, eran ratificadas en él por el agente policial que las había presenciado. En este sentido, se habrían pronunciado en SSTS n° 949/96 de 29 de noviembre, n° 1145/99 de 1 de julio y n° 428/2005 de 6 de marzo. Frente a esta posibilidad, la STS n° 1106/2005 de 30 de septiembre, declaró, por su parte, que la declaración policial autoincriminatoria, a lo sumo, podía ser fuente de prueba, dando lugar a una línea de investigación, pero no prueba en sí misma.

Esta discrepancia jurisprudencial, como hemos indicado, dio lugar a la adopción del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 28 de noviembre de 2006, que estableció que *“las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia”*. Tras este Acuerdo fueron muchas las sentencias dictadas que, en aplicación estricta del mismo, concluyeron que las declaraciones policiales podían ser valoradas como prueba de cargo si habían sido válidamente prestadas, habían sido debidamente introducidas en el plenario y sometidas, en consecuencia, a una adecuada contradicción.

El segundo punto de inflexión lo encontramos en la Sentencia n° 68/2010, de 18 de octubre, del Tribunal Constitucional, en la que se estableció que: *“No obstante, la posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial. Al respecto, ya en la STC 31/1981 afirmamos que dicha declaración, al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la LECrim.”* (FJ 4), por lo que, considerado en sí mismo, el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, con el resultado de que los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios”. Para, más adelante, señalar que: *“Ello no significa negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales que constan en el atestado, pues, por razón de su contenido, pueden incorporar datos objetivos y verificables, como croquis, planos, fotografías, que pueden ser utilizados como elementos de juicio siempre que, concurriendo el doble requisito de la mera constatación de datos objetivos y de imposible reproducción en el acto del juicio oral, se introduzcan en éste como prueba documental y garantizando de forma efectiva su contradicción”*. Siguiéndose, a

partir de este momento, la línea marcada por el Tribunal Constitucional en esta sentencia.

Como señala el Tribunal Supremo, en su Sentencia nº 487/2015, de 20 de julio, anteriormente citada, *“tras el dictado por el Tribunal Constitucional de la sentencia 68/2010 de 18.10, la jurisprudencia de esta Sala Segunda comenzó a introducir algunas matizaciones en lo dicho hasta el momento, inclinándose paulatinamente a negar valor probatorio a las declaraciones prestadas en sede policial, aun cuando hayan sido introducidas en el acto del juicio y ratificadas por los agentes policiales que las presenciaron. Tales declaraciones, según la jurisprudencia mayoritaria, podrían ser a lo sumo, objeto de prueba, que no medio, si aportan datos relaciones con los hechos”*.

## B) En materia de prisión provisional

La adopción de esta medida viene regulada en los artículo 502 y siguientes de la LECrim, especificándose en el art. 503<sup>495</sup> LECrim los requisitos que deben darse

---

### <sup>495</sup> Artículo 503 LECrim.-

#### 1. La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurran los siguientes requisitos:

1.º *Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso. Si fueran varios los hechos imputados se estará a lo previsto en las reglas especiales para la aplicación de las penas, conforme a lo dispuesto en la sección 2.ª del capítulo II del título III del libro I del Código Penal.*

2.º *Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.*

3.º *Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines:*

a) *Asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga. Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado o encausado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV de esta ley. Procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona investigada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. En estos supuestos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado.*

b) *Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto. No procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del investigado o encausado en el curso de la investigación. Para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del investigado o encausado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros investigados o encausados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo.*



para la adopción de la misma. Dichos requisitos podrían resumirse en: existencia en la causa de hechos que presenten caracteres de delitos, que dichos delitos lleven aparejada una pena de prisión de dos o más años, que existan elementos suficientes para creer responsable de esos delitos a la persona contra la que se adopta la medida y que, mediante esta medida, se pretenda, o bien la presencia del investigado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente que existe riesgo de fuga, evitar la ocultación o destrucción de pruebas, o bien evitar que el investigado pueda continuar delinquiriendo.

En este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido una serie de parámetros que deben de ser tenidos en cuenta a la hora de adoptar una medida tan gravosa para las personas. Así, en las SSTC, ambas de 18 de junio del 2001, se señala que la constitucionalidad de la prisión preventiva exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

En primer lugar, establece que: *“Es necesario que su configuración y aplicación tengan como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de la acción delictiva y que su objeto sea la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la medida. En concreto se ha señalado que los riesgos a prevenir son la sustracción a la acción de la Administración de justicia, la obstrucción de la justicia penal y la reiteración delictiva ( STC 207/2000, de 24 de julio )”*.

Y en segundo lugar, que: *“Las decisiones relativas a la adopción y al mantenimiento de la prisión provisional deben expresar en una resolución judicial motivada. Para que la motivación se considere suficiente y razonable es preciso que la misma sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego (la libertad de la*

---

*c) Evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado.*

*2. También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1.º y 2.º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos.*

*Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer.*

*Sólo podrá acordarse la prisión provisional por esta causa cuando el hecho delictivo imputado sea doloso. No obstante, el límite previsto en el ordinal 1.º del apartado anterior no será aplicable cuando de los antecedentes del investigado o encausado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el investigado o encausado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad.*

*persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de justicia penal por otro) y que esta no sea arbitraria en el sentido de que resulte de las pautas del normal razonamiento lógico y especialmente con los fines que justifican la prisión provisional (STC 128/95, de 26 de julio ; 47/2000, de 17 de febrero)''.*

Entre los criterios que suelen considerarse relevantes para el enjuiciamiento de la suficiencia y razonabilidad de la motivación, se encuentran, en primer lugar, las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se amenaza; y, en segundo lugar, "*las circunstancias concretas y personales del imputado*", siendo relevante, a estos efectos, el momento procesal en el que la medida se adopta (STS 37/1996 de 11 de marzo ; 62/1996 de 16 de abril ). Por ello, aunque no existe ninguna particularidad para la adopción de esta medida, en lo que a los detenidos por delitos de terrorismo se refiere, es habitual que se adopte la prisión provisional de los detenidos por delitos de terrorismo tras su detención.

Desde un punto de vista cuantitativo, a la hora de valorar el nivel de utilización de esta medida para los detenidos por delitos terrorismo, podemos establecer que el nivel de aplicación es muy alto. De esta manera, y tomando como referencia los detenidos por su vinculación con el terrorismo yihadista en el año 2016, 61<sup>496</sup>, podemos afirmar que en un porcentaje muy elevado, prácticamente del 90%, se habría decretado la prisión provisional de los detenidos.

---

<sup>496</sup> Fuente: Información periodística y datos ofrecidos por el Ministerio del Interior. El dato ofrecido por el Ministerio del Interior en relación con los detenidos en el año 2016 por terrorismo yihadista es de 69, no correspondiéndose con la realidad e incluyendo algunos detenidos a finales de 2015 y principios de 2017.

Tabla 5. Detenidos por terrorismo yihadista en España en 2016<sup>497</sup>.

<i>Número de detenidos</i>	<i>Fecha de detención</i>	<i>Prisión Provisional</i>
2	28/12	Sí
1	12/12	-
1	13/12	Sí
1	30/11	Sí
2	30/11	Sí
1	30/11	Sí
4	28/11	No
1	27/11	Sí
2	19/11	Sí
4	9/11	Sí
1	26/10	Sí
2	25/10	Sí
4	12/10	Sí
2	11/10	Sí
3	28/9	Sí
2	26/9	1Sí/1No
1	14/9	Sí
2	27/7	Sí
3	1/7	Sí
1	7/6	Sí
1	31/5	Sí
4	3/5	Sí
1	5/4	No
1	12/4	Sí
1	19/4	Sí
2	16/4	Sí
1	25/2	Sí
3	23/2	Sí

<sup>497</sup> Elaboración propia a partir de información obtenida a través de los medios de comunicación que se relaciona en el Anexo II.

6	7/2	Sí
1	7/2	Sí

---

**Total número de detenidos 61<sup>498</sup>**

C) En materia de suspensión de funciones

El artículo 384<sup>499</sup> bis LECrim prevé la posibilidad de suspensión automática de función o cargo público para aquellas personas procesadas por un delito de terrorismo y para las que se haya decretado la prisión provisional por estos delitos. Esta medida fue introducida en el ordenamiento jurídico por medio de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En relación con este artículo, se pronunció el Tribunal Constitucional, en su Sentencia nº 71/1994, de 3 de marzo, por la que resolvía recurso de inconstitucionalidad contra Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estableciendo que dicho artículo “*no vulnera el derecho de acceso, “en condiciones de igualdad, a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes” reconocidos en el art. 23.2 CE*”, tal y como sostenía el recurrente. El TC justifica esta suspensión desde una doble vertiente: por un lado, la imposibilidad del desempeño de estas funciones por parte de una persona privada de libertad; y por otro, la incompatibilidad existente entre la permanencia del procesado por estos delitos y el desempeño de funciones y cargos públicos.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional destaca que: “*La medida en cuestión no es, por así decir, autónoma, sino que se hace depender de algo que no es sino, materialmente, una suspensión del goce de la libertad personal. En efecto, la*

---

<sup>498</sup> Fuente: Información periodística y datos ofrecidos por el Ministerio del Interior. El dato ofrecido por el Ministerio del Interior en relación con los detenidos en el año 2016 por terrorismo yihadista es de 69, no correspondiéndose con la realidad e incluyendo algunos detenidos a finales de 2015 y principios de 2017.

<sup>499</sup> **Artículo 384 bis LECrim.-**

*Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión.*

*suspensión en el ejercicio de la función o cargo público sólo tiene lugar una vez 'decretada la prisión provisional', de tal modo que, además, aquélla sólo se mantiene 'mientras dure la situación de prisión'. Sin que el derecho a la libertad personal, como tal derecho fundamental, sea 'suspendido', la situación de prisión provisional, legalmente acordada, implica una medida cautelar particularmente gravosa para uno de los derechos fundamentales más preciados de la persona". Así, resulta lógico que una persona en situación de prisión provisional tenga suspendidos aquellos derechos que no sean compatibles con una situación de prisión (derecho a la libertad, a elegir libremente su residencia, a circular por el territorio nacional, de reunión, de manifestación, etc.).*

Asimismo, el Tribunal Constitucional refiere que esta medida de suspensión *"ha de afectar, precisa y exclusivamente, a los procesados y presos que lo hayan sido por aparecer -sin perjuicio de lo que resulte del juicio oral- como integrados o relacionados «con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes», es decir, previa la «imputación formal y provisional de criminalidad» (STC 218/1989, fundamento jurídico 4.) por delitos que conllevan «un desafío mismo a la esencia del Estado democrático» (STC 89/1993, fundamento jurídico 3.), tal como ha encontrado reflejo en el propio texto constitucional. La excepcional amenaza que esta actividad criminal conlleva para nuestro Estado democrático de Derecho justifica, sin duda, una medida provisional como lo es la prevista en el precepto impugnado, dirigida frente a quienes -sin perjuicio de lo que resulte del juicio oral- han sido objetos de un acto firme de procesamiento".* Destacando que la especial amenaza que los delitos de terrorismo suponen para el Estado de derecho hace incompatible la posibilidad de que las personas procesadas por estos delitos puedan ostentar un empleo o cargo público.

## **6.5. Medidas especiales antiterroristas previstas en la fase de enjuiciamiento**

Ciertamente, en relación con la fase de enjuiciamiento, no se dan medidas especiales en el caso de enjuiciamiento de los delitos de terrorismo. Más allá de las especialidades derivadas de que el enjuiciamiento de este tipo de delitos sea en la

Audiencia Nacional, no se contempla ninguna concreta para el enjuiciamiento de los responsables de este tipo de criminalidad.

Al hablar de especialidades derivadas del enjuiciamiento en la Audiencia Nacional nos referimos particularmente a dos: las medidas de seguridad adoptadas por los agentes policiales encargados de la seguridad de los edificios de la Audiencia Nacional y la repercusión mediática de las causas judiciales conocidas y enjuiciadas por la Audiencia Nacional.

En relación con la primera de las particularidades, debemos destacar que ha sido práctica habitual, sobre todo en los casos de enjuiciamiento a miembros de las organizaciones terroristas ETA y GRAPO, la utilización de los juicios por parte de las personas que eran enjuiciadas como altavoz para la exposición de sus soflamas políticas y mostrar su total rechazo y desprecio por las instituciones del Estado. Así, durante los primeros años de juicios en la Audiencia Nacional, era habitual que los acusados ocasionaran altercados en la sala de vistas para, de esta manera, ser expulsados de la misma y no tener que formar parte de lo que ellos consideraban un *paripé*. Estos comportamientos solían producirse en el interior de lo conocido como “pecera”, un habitáculo blindado e insonorizado, situado en uno de los laterales de la sala y desde el que los acusados seguían el juicio. Asimismo, aunque en contadas ocasiones, se han vivido situaciones de tensión cuando los acusados, más allá de los habituales altercados, proferían amenazas e insultos, tanto a los miembros del tribunal como al representante del Ministerio Fiscal o a los abogados de las acusaciones. Esta última circunstancia ha hecho obligada la presencia de miembros del Cuerpo Nacional de Policía en el interior de las salas de vistas para evitar cualquier problema de seguridad. En la actualidad, tras diferentes reformas de las salas de vistas de la Audiencia Nacional, ya no es habitual el uso de la “pecera” y, sobre todo por motivos técnicos, el presidente del tribunal acuerda la presencia del acusado en el interior de la sala.

La segunda de las particularidades la referíamos en relación con la trascendencia mediática de las causas enjuiciadas en la Audiencia Nacional, lo que hace que haya una presencia constante de medios de comunicación, y que su presencia en los juicios por motivos de terrorismo sea habitual. Esta circunstancia ha hecho necesaria la existencia de un departamento de prensa específico en la Audiencia Nacional encargado de la

coordinación y supervisión del trabajo realizado por los diferentes medios de comunicación en el interior de la Audiencia Nacional. Aunque en los primeros años era la televisión pública la encargada de grabar los juicios y distribuir la señal al resto de medios de comunicación, actualmente la Audiencia Nacional cuenta con su propio sistema de grabación, y es ella la que distribuye directamente la señal al resto de medios.

Esta repercusión mediática tiene principalmente dos consecuencias: la primera de ellas, que es utilizada como altavoz de sus reivindicaciones por parte de los terroristas que son enjuiciados; y en segundo lugar, el efecto que sobre las víctimas del terrorismo tiene el estar reviviendo el atentado y el juicio cada vez que salen las imágenes en los medios de comunicación.

Cierto es que la existencia de esa oficina de prensa específica en el ámbito de la Audiencia Nacional y la especialidad en la materia de muchos de los profesionales encargados de dar información sobre la Audiencia Nacional y terrorismo, hace que los efectos nocivos de esas dos consecuencias sean lo más controlados posible. De esta manera, se procura no traspasar la delgada línea entre lo que es información y lo que es mera propaganda de los terroristas, tratando siempre con mucho respeto y teniendo muy presente el dolor de las víctimas del terrorismo. Así, es importante destacar las pautas que desde el departamento de prensa de la Audiencia Nacional se da a los informadores, entre las que se encuentran:

#### *Guía para informadores<sup>500</sup>*

*El Consejo General del Poder Judicial se guía en sus relaciones con los medios de comunicación según lo establecido en el Protocolo de Comunicación de la Justicia, aprobado en 2004 y actualizado en 2015. Su objetivo es hacer llegar a los ciudadanos la información sobre la actividad de los Juzgados y Tribunales de forma eficaz, clara, veraz, objetiva y responsable, con absoluto respeto a los derechos y observancia de los deberes de todos los implicados en procedimientos judiciales, estableciendo una vía de comunicación estable, sencilla y segura para los jueces/zas y magistrados/as.*

---

<sup>500</sup> Guía para informadores. Página web de la Sala de prensa de la Audiencia Nacional. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Audiencia-Nacional/Sala-de-prensa/Guia-para-Informadores/>

### *Criterio de difusión de resoluciones judiciales*

*El criterio de difusión de las sentencias que siguen los Gabinetes de Comunicación se rige por el interés público y en cumplimiento de lo dispuesto por la Constitución y la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales. Las sentencias se difunden:*

*Si tienen importancia general para la sociedad.*

*Si los medios de comunicación están interesados en la sentencia y no afecta a otros derechos en conflicto.*

*Si la resolución puede influir en la interpretación de una ley o en otras regulaciones.*

*Si es importante para la prensa especializada ante los cambios de legislación, doctrina y jurisprudencia.*

### *Galería Multimedia*

*El Poder Judicial ofrece a los medios de comunicación de forma gratuita una amplia variedad de imágenes, vídeos y podcasts.*

## **6.6. Medidas especiales antiterroristas previstas en materia de recursos**

En materia de recursos existe una especialidad relacionada con el hecho de que la competencia para el conocimiento y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo recaiga sobre la Audiencia Nacional. En el año 2003, por la Ley Orgánica 19/2003, se modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en su artículo 64 bis<sup>501</sup> se recogió la creación de una Sala de Apelación de la Audiencia Nacional que conocerá los recursos de apelación que se interpongan ante las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal. Introduciendo, tal y como venía siendo reclamado por diversos órganos, tanto nacionales como internacionales, una verdadera segunda instancia ya que, hasta el momento, la única opción de recurso era la del recurso extraordinario de casación ante el Tribunal Supremo.

---

<sup>501</sup> **Artículo 64 bis LOPJ.-**

*1. La Sala de Apelación de la Audiencia Nacional conocerá de los recursos de esta clase que establezca la ley contra las resoluciones de la Sala de lo Penal.*

*2. Cuando la sensible y continuada diferencia en el volumen de trabajo lo aconseje, los magistrados de esta Sala, con el acuerdo favorable de la Sala de Gobierno, previa propuesta del Presidente del Tribunal, podrán ser adscritos por el Consejo General del Poder Judicial, total o parcialmente, y sin que ello signifique incremento retributivo alguno, a otra Sala de diferente orden.*

*Para la adscripción se valorarán la antigüedad en el escalafón y la especialidad o experiencia de los magistrados afectados y, a ser posible, sus preferencias.*



No obstante, esta reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial debía de venir acompañada de una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que regulara esta posibilidad de recurrir las resoluciones de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en apelación ante ese nuevo órgano. Dicha reforma ha sido introducida por la LO 13/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en su artículo 846 ter<sup>502</sup> establece la posibilidad de recurrir en apelación las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Está previsto que esta Sala de Apelación de la Audiencia Nacional entre en funcionamiento el próximo 1 de junio de 2017, tras la aprobación del Real Decreto por el que se hace efectiva la implantación de la segunda instancia penal.

## 6.7. Medidas especiales antiterroristas previstas en la fase de ejecución

En relación a las medidas especiales antiterroristas previstas para la fase de ejecución debemos de resaltar una serie de medidas específicas para los condenados por delitos de terrorismo.

En primer lugar, existen toda una serie de particularidades en relación con la concesión de beneficios penitenciarios, clasificación en tercer grado y concesión de la libertad condicional a los condenados por delitos de terrorismo.

---

<sup>502</sup> **Artículo 846 ter LECrim.-**

*1. Los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente, que resolverán las apelaciones en sentencia.*

*2. La Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional se constituirán con tres magistrados para el conocimiento de los recursos de apelación previstos en el apartado anterior.*

*3. Los recursos de apelación contra las resoluciones previstas en el apartado 1 de este artículo se regirán por lo dispuesto en los artículos 790, 791 y 792 de esta ley, si bien las referencias efectuadas a los Juzgados de lo Penal se entenderán realizadas al órgano que haya dictado la resolución recurrida y las referencias a las Audiencias al que sea competente para el conocimiento del recurso.*

Para la clasificación en tercer grado, el artículo 72.6<sup>503</sup> de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece los requisitos que un condenado por terrorismo ha de cumplir para ser clasificado en el tercer grado penitenciario tras cumplir la mitad de la condena. Entre ellos figuran, junto con el haber cumplido la mitad de la condena, la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonios presentes y futuros; mostrar signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y, además, haber colaborado activamente con las autoridades para impedir la producción de otros delitos o para identificar a los responsables de otros delitos terroristas.

Una vez que el preso está clasificado en tercer grado puede solicitar la libertad condicional tras cumplir tres cuartas partes de la condena. En este sentido, el artículo 90.8<sup>504</sup> del Código Penal contiene los requisitos para que el condenado por terrorismo pueda alcanzar la libertad condicional, y entre ellos, de nuevo, figuran que muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y, además, que haya colaborado activamente con las autoridades.

---

<sup>503</sup> **Artículo 72.6 LOGP.-**

*6. Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.*

<sup>504</sup> **Artículo 90.8 CP.-**

*8. En el caso de personas condenadas por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o por alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta y concesión de la libertad condicional requiere que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.*

Asimismo, para la concesión de beneficios penitenciarios se requiere, según el artículo 204<sup>505</sup> del Reglamento Penitenciario, un pronóstico favorable de reinserción, lo que en el caso de los condenados por delitos de terrorismo debería ir, en la línea de lo manifestado anteriormente, condicionado a que muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y, además, haber colaborado activamente con las autoridades.

En segundo lugar, debemos de hacer especial mención a la política de dispersión que se aplica a los condenados por delitos de terrorismo.

La dispersión de los presos terroristas entre diferentes centros penitenciarios, distribuidos a lo largo y ancho de la geografía de nuestro país, se remonta a 1988 con la llegada, como Director General de Instituciones Penitenciarias, de Antonio Asunción al Ministerio del Interior, siendo Ministro Don Enrique Múgica. A su llegada a la Dirección General, Don Antonio Asunción, se encontró con que casi la totalidad de los presos, tanto de ETA como de otras organizaciones terroristas, tenían tomados los centros penitenciarios de Alcalá-Meco y Herrera de la Mancha. Esta situación era consecuencia de una anterior política penitenciaria de agrupamiento de presos terroristas en centros de máxima seguridad. Esto provocó que, a principios de 1988, por ejemplo, los 483 etarras presos fueran repartidos entre veinte centros penitenciarios diferentes de forma desigual: 183 en Herrera de la Mancha, 211 en Madrid, 32 en Nancles de la Oca, 3 en Lugo, 7 en Huesca, 8 en Daroca, 4 en Segovia, 5 en Castellón, 3 en Cáceres, 3 en Albacete, 4 en Badajoz, 4 en Córdoba, 4 en Murcia, 9 en Almería y 1 en Málaga<sup>506</sup>.

En palabras del propio Asunción: *"Gobernaban las cárceles. No cumplían ninguna de las normas que el primer grado exigía. Y muchos de ellos vivían en una doble prisión: una, impuesta por los tribunales y otra, por los jefes de la banda. Había*

---

<sup>505</sup> **Artículo 204 RP.-**

*La propuesta de los beneficios penitenciarios requerirá, en todo caso, la ponderación razonada de los factores que la motivan, así como la acreditación de la concurrencia de buena conducta, el trabajo, la participación del interesado en las actividades de reeducación y reinserción social y la evolución positiva en el proceso de reinserción.*

<sup>506</sup> ESCRIBA, A: *El camino de vuelta. La larga marcha de los reinsertados de ETA*. Aguilar. Madrid. 1998. Pág. 185.

*presos que querían acogerse a los beneficios penitenciarios, pero los frenaban los duros. La dispersión significaba dividirlos para que se cumpliera el reglamento de acuerdo con las características de cada uno. El criterio con el que la llevamos a cabo entonces, y que ha tenido después altos y bajos, era el de aplicarles el reglamento. Que quien buscara una salida se ajustara a él, esto es, que renunciase a la banda, que pidiera perdón a las víctimas, etc.*"<sup>507</sup>.

Este fue el origen de una política penitenciaria basada, no solo en la dispersión como muchos creen, sino en la dispersión de aquellos presos más díscolos y en el acercamiento a cárceles del País Vasco y Navarra de aquellos que muestren algún síntoma de alejamiento respecto del control y las directrices fijadas por la dirección de la organización terrorista.

De esta manera, podemos afirmar que el destino de los presos terroristas, en uno u otro centro penitenciario, obedece a cuestiones de organización de los diferentes centros y a las circunstancias personales de cada uno de los presos en aras a su reinserción.

En contra de lo manifestado, fundamentalmente por parte del entorno de los presos de la organización terrorista ETA, entre los derechos reconocidos a los internos en el artículo 4<sup>508</sup> del Reglamento Penitenciario, el derecho a ser destinado a un centro penitenciario próximo a su lugar de residencia no está reconocido como tal.

---

<sup>507</sup> GOÑI, A: 25 años de la dispersión de presos etarras, una política "que debe continuar". El Confidencial. 11/1/2014.

<sup>508</sup> **Artículo 4 RP.-**

*1. La actividad penitenciaria se ejercerá respetando la personalidad de los internos y los derechos e intereses legítimos de los mismos no afectados por la condena, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. 2. En consecuencia, los internos tendrán los siguientes derechos:*

- *Derecho a que la Administración penitenciaria vele por sus vidas, su integridad y su salud, sin que puedan, en ningún caso, ser sometidos a torturas, a malos tratos de palabra o de obra, ni ser objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas.*
- *Derecho a que se preserve su dignidad, así como su intimidad, sin perjuicio de las medidas exigidas por la ordenada vida en prisión. En este sentido, tienen derecho a ser designados por su propio nombre y a que su condición sea reservada frente a terceros.*
- *Derecho al ejercicio de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, salvo cuando fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena.*
- *Derecho de los penados al tratamiento penitenciario y a las medidas que se les programen con el fin de asegurar el éxito del mismo.*
- *Derecho a las relaciones con el exterior previstas en la legislación.*

En este sentido, señalar que el artículo 12<sup>509</sup> de la LOGP, sobre la organización de los Centros Penitenciarios, establece que se procurará que cada Centro cuente con el número adecuado de internos para un buen funcionamiento y evitar el desarraigo social de los penados.

Asimismo, desde una perspectiva de reeducación y reinserción social del interno, su destino variará en función de cada caso concreto (STSJ de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo de 24 de julio de 2013). Así, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia nº 119/1986, de 8 de julio, restringe la orientación reeducadora a la fase de ejecución penitenciaria y niega, además, que pueda reputarse dicha finalidad de reinserción como la única que debe regir la pena privativa de libertad en fase penitenciaria, estableciendo que: *“En el concreto ámbito de la delincuencia terrorista, se duda de que la finalidad resocializadora de la pena pueda cumplir su función. La severidad de las penas previstas para estos delitos están dirigidas esencialmente a inocular a sus autores y evitar la comisión de futuros delitos a través de una medida de aseguramiento dilatada en el tiempo. Así, a través de la reforma operada por Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, se consolidó un sistema penal y penitenciario que podría calificarse de excepcional, de mayor severidad en materia de terrorismo. En la materia que nos ocupa, entre otras medidas, los Gobiernos de la época, haciendo uso de la discrecionalidad, decidieron apostar por una política de dispersión de los presos de ETA, que comenzó a practicarse a finales de la década de los ochenta. Tras una inicial política de concentración de los internos terroristas en determinados establecimientos penitenciarios (Nanclares de*

- 
- *Derecho a un trabajo remunerado, dentro de las disponibilidades de la Administración penitenciaria.*
  - *Derecho a acceder y disfrutar de las prestaciones públicas que pudieran corresponderles.*
  - *Derecho a los beneficios penitenciarios previstos en la legislación.*
  - *Derecho a participar en las actividades del centro.*
  - *Derecho a formular peticiones y quejas ante las autoridades penitenciarias, judiciales, Defensor del Pueblo y Ministerio Fiscal, así como a dirigirse a las autoridades competentes y a utilizar los medios de defensa de sus derechos e intereses legítimos a que se refiere el Capítulo V del Título II de este Reglamento.*
  - *Derecho a recibir información personal y actualizada de su situación procesal y penitenciaria.*

<sup>509</sup> **Artículo 12 LOGP.-**

1. *La ubicación de los establecimientos será fijada por la Administración penitenciaria dentro de las áreas territoriales que se designen. En todo caso, se procurará que cada uno cuente con el número suficiente de aquéllos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados.*
2. *Los establecimientos penitenciarios no deberán acoger más de 350 internos por unidad.*

*Oca, Herrera de la Mancha, Alcalá de Henares y Puerto de Santa María), que provocó que aquellos crearan entre sí un fuerte vínculo y cohesión, ejerciendo presiones sobre las respectivas direcciones de los centros para imponer un determinado régimen de vida en su interior; la Administración penitenciaria inició en el año 1987 la política de dispersión de presos terroristas por los diversos centros penitenciarios españoles, que ha llegado hasta nuestros días. Esta política de dispersión tenía como finalidad principal, la de romper los lazos de los miembros de las organizaciones terroristas tanto con éstas, como con asociaciones y colectivos afines situados en su órbita de actuación y sometidos a su ortodoxia, facilitando con ello el abandono de la organización terrorista y, eventualmente, su reinserción social, al permitir que rompan los vínculos que a aquellas les unían, posibilitando así al individuo un periodo de reflexión interna que le permitiera replantearse la innecesariedad de la lucha violenta para la defensa de una determinada ideología, y para la consecución de los objetivos fijados”.*

En este sentido se ha pronunciado recientemente la Audiencia Nacional, Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal nº 841/2015 de 29 de octubre, que finalmente acabó desestimando el recurso de apelación de un condenado por delito de terrorismo interpuesto contra la denegación, por parte de Instituciones Penitenciarias, de acercamiento a una cárcel del País Vasco. Esta decisión de la Audiencia Nacional ha sido confirmada por el pleno del Tribunal Constitucional, Auto de 14 de marzo de 2017, al entender que el TEDH ha limitado el alcance del art. 8.1 del Convenio en el sentido de que *“no reconoce el derecho del preso a elegir su lugar de detención, que la separación familiar es una consecuencia inevitable de su prisión y que las autoridades gubernativas tienen un amplio margen de discrecionalidad en la asignación del destino con arreglo a la legislación interna”*

Actualmente se encuentran pendientes de resolución, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una serie de recursos, interpuestos por condenados por su relación con la organización terrorista ETA, frente a las denegaciones de acercamiento a cárceles del País Vasco por parte de la Audiencia Nacional.

Aunque el TEDH ya se ha pronunciado en algunos casos similares, será la primera vez que se pronuncie sobre la política de dispersión llevada a cabo por el

Gobierno español desde los años ochenta. Hasta ahora, los pronunciamientos han ido en el sentido de determinar que el cumplimiento de la condena en centro penitenciario alejado del domicilio no viola, por regla general, los derechos fundamentales de los presos, debiéndose estar a las circunstancias concretas de cada caso: a los motivos de ese alejamiento y a las circunstancias personales del preso.

Por último, nos referiremos a la posibilidad de intervención de las comunicaciones en prisión de los presos por delitos de terrorismo. En este sentido, y sin necesidad de que los presos estén incomunicados, la Ley Orgánica General Penitenciaria establece, en su artículo 51.2<sup>510</sup>, que las comunicaciones con el abogado podrán ser suspendidas en los supuestos de terrorismo por la autoridad judicial o por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente. Asimismo, el art. 48.1<sup>511</sup> del Reglamento penitenciario establece la posibilidad de un control judicial permanente de las visitas que realicen los abogados a los internos terroristas.

A este particular se refirió el Tribunal Constitucional, en su Sentencia nº 183/1994, de 20 de junio, declarando la no potestad de los Directores de Centros Penitenciarios para decretar la intervención de comunicaciones entre el preso y su abogado por considerar que: *“régimen especial del art. 51.2, cuya justificación es necesario encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las*

---

<sup>510</sup> **Artículo 51.2 LOGP.-**

**2.** Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.

<sup>511</sup> **Artículo 78.1 RP.-**

Las comunicaciones de los internos con sus Abogados defensores y con los Procuradores que los representen se celebrarán de acuerdo con las siguientes reglas:

- Se identificará al comunicante mediante la presentación del documento oficial que le acredite como Abogado o Procurador en ejercicio.
- El comunicante habrá de presentar además un volante de su respectivo Colegio, en el que conste expresamente su condición de defensor o de representante del interno en las causas que se siguieran contra el mismo o como consecuencia de las cuales estuviera cumpliendo condena. En los supuestos de terrorismo o de internos pertenecientes a bandas o grupos armados, el volante deberá ser expedido por la autoridad judicial que conozca de las correspondientes causas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Estas comunicaciones se registrarán por orden cronológico en el libro correspondiente, consignándose el nombre y apellidos de los comunicantes del interno, el número de la causa y el tiempo de duración de la visita y se celebrarán en locutorios especiales, en los que quede asegurado que el control del funcionario encargado del servicio sea solamente visual.

*cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario*”. Concediendo con ello el amparo a un preso relacionado con la organización terrorista GRAPO y decretando nulos los Acuerdos de Intervención dictados por el Director de la prisión de Alcalá- Meco. A partir de este momento se comenzó a requerir la autorización judicial previa para este tipo de intervenciones.

En la práctica es poco habitual la intervención de los abogados defensores, limitándose dicha intervención a las comunicaciones, orales y escritas, con familiares, allegados y amigos. Dicha medida será acordada por el Director del establecimiento penitenciario que, por medio de Acuerdo de Intervención (que será inmediatamente notificado al Juez competente), especificará el alcance de la medida y el tiempo de la misma<sup>512</sup>.

---

<sup>512</sup> JUANATEY DORADO, C: “La intervención de las comunicaciones de los internos con sus abogados defensores en el ámbito penitenciario. Doctrina Constitucional”, en Revista General de Derecho Penal nº 15, mayo 2011, págs. 7-10



## **CUARTA PARTE: EL MANTENIMIENTO DE ESTAS MEDIDAS EN EL FUTURO**

### **CAPÍTULO 7 - JUSTIFICACIÓN Y VIGENCIA DE UNA RESPUESTA ESPECÍFICA ANTE LA AMENAZA TERRORISTA ¿VERDADERO DERECHO DEL ENEMIGO?**

#### **7.1. Justificación de una respuesta específica frente al terrorismo**

##### **7.1.1 Justificación por razón de su necesidad social**

Tal y como venimos señalando a lo largo de todo este trabajo, la justificación de la adopción de una respuesta específica frente al fenómeno del terrorismo la encontramos principalmente en el derecho a la seguridad de los ciudadanos y al deber de los Estados de garantizarlo. Esta obligación, de velar por la paz y la libertad de nuestras sociedades, ha hecho que, a lo largo de la historia, los Estados se hayan ido dotando de una serie de instrumentos legales, y hayan ido adoptando una serie de medidas para hacer frente a la amenaza que, contra su seguridad, supone esta específica criminalidad.

Una respuesta eficaz frente a la criminalidad terrorista implica necesariamente el diseño de una estrategia integral y coordinada entre los diferentes poderes e instituciones del Estado (político, legislativo, judicial, cooperación internacional, movilización ciudadana, etc.). Desde el punto de vista legislativo, esta respuesta implicará necesariamente la aprobación de leyes y la adopción de medidas específicas que impliquen la restricción de derechos individuales. Este sacrificio se presenta como necesario e inevitable para garantizar el derecho a la seguridad que todos los Estados están obligados a garantizar a sus ciudadanos.

Esta responsabilidad de los Estados hace que exista una preocupación internacional por los riesgos y amenazas que, para la seguridad, supone la criminalidad

terrorista; lo que ha provocado multitud de pronunciamientos, resoluciones, recomendaciones, protocolos y documentos de trabajo, por parte de organizaciones internacionales como Naciones Unidas o la Unión Europea, sobre el papel que los Estados deben jugar al respecto.

Uno de estos organismos internacionales es la Oficina contra la droga y el delito de Naciones Unidas (UNODC)<sup>513</sup> que, en su Manual sobre Justicia penal de Naciones Unidas, reconoce que “los propósitos legítimos que permiten limitar el ejercicio de ciertos derechos pueden incluir la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la salud, las buenas costumbres, los derechos humanos y las libertades de otros. En los casos que implican amenazas terroristas es más probable que se invoque la seguridad pública y/o la seguridad nacional para justificar medidas que limitan ciertos derechos”<sup>514</sup>.

Para ello, la UNODC destaca la necesidad de que “la iniciativa internacional deba centrarse en la preparación y la aplicación de estrategias con visión de futuro en vez de reaccionar o reflexionar sobre un acto o una serie de actos terroristas. Para que una estrategia de justicia penal destinada a combatir la violencia terrorista sea preventiva y previsor, es preciso contar con un sistema amplio de delitos sustantivos, facultades y técnicas de investigación, normas probatorias y mecanismos de cooperación interestatal. Se necesita un sistema integrado que reúna esas características para hacer valer el derecho a la vida que garantiza el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”<sup>515</sup>. Esto es, insta a la tipificación, de manera amplia, de las conductas calificadas como terroristas, así como a la regulación de facultades y técnicas probatorias de aquellas conductas.

---

<sup>513</sup> La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) es la Oficina líder a nivel mundial en la lucha contra las drogas ilícitas y la delincuencia organizada transnacional. UNODC tiene el mandato de ayudar a los Estados Miembros en su lucha contra las drogas ilícitas, la delincuencia y el terrorismo.

<sup>514</sup> *Manual de Justicia penal de Naciones Unidas*. Oficina contra droga y el delito (UNODC). Viena, 2009.

<sup>515</sup> Documento de trabajo sobre *Prevención de los actos terroristas: estrategia de justicia penal que incorpora las normas del Estado de Derecho en la aplicación de los instrumentos de las Naciones Unidas relativos a la lucha contra el terrorismo*. Oficina contra la droga y el delito de Naciones Unidas. Viena, 2006.

Asimismo, se promueve la aplicación proactiva de la ley que “gira en torno a prevenir y poner punto final a los delitos, más que en reaccionar a delitos ya cometidos”<sup>516</sup>. De ahí la necesidad de dotarse de instrumentos legales no solo para responder a este tipo de criminalidad (tipificar las conductas como delitos, establecer un sistema de penas adecuado y proporcionado a la gravedad de dicha conductas, y desarrollar un proceso penal eficaz para la investigación e identificación de los responsables de aquéllas), sino también para prevenirla, para lo que es inevitable dotarse de medios de investigación acordes con las circunstancias de cada momento.

Es importante destacar la idea de que el Derecho penal, y la tipificación de nuevos comportamientos, no basta para hacer efectiva la represión de conductas criminales ni para hacer frente a la criminalidad terrorista. Es necesario articular un proceso penal adecuado que permita la debida aplicación de la ley penal y la efectiva investigación de la conductas tipificadas como delictivas, y ello siempre con el supremo respeto de las garantías y derechos fundamentales de las personas investigadas.

Tal y como se recoge en el Manual de la UNODC: “El derecho procesal penal constituye una de las principales salvaguardias del estado de derecho y ofrece salvaguardias jurídicas concretas de los derechos de quienes entran en contacto con el sistema de justicia penal. Desempeña la doble función de protección social por conducto del proceso de enjuiciamiento y de protección de los acusados al permitir que se defiendan. Vela por la fiabilidad del proceso de justicia penal y, en particular, del juicio penal, con lo que garantiza un sistema equitativo de justicia”<sup>517</sup>.

En esta misma línea ya se había pronunciado la UNODC en 2006, en su Documento de trabajo “Prevención de los actos terroristas: estrategia de justicia penal que incorpora las normas del Estado de Derecho en la aplicación de los instrumentos de las Naciones Unidas relativos a la lucha contra el terrorismo”, al afirmar la “necesidad de integrar mecanismos sustantivos y procesales en el marco del estado de derecho”. La

---

<sup>516</sup> Documento de trabajo sobre *Prevención de los actos terroristas: estrategia de justicia penal que incorpora las normas del Estado de Derecho en la aplicación de los instrumentos de las Naciones Unidas relativos a la lucha contra el terrorismo*. Oficina contra la droga y el delito de Naciones Unidas. Viena, 2006.

<sup>517</sup> Manual de respuesta de la justicia penal al terrorismo. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Viena, 2009. Pág. 43.

UNODC reconoce que: “Toda estrategia preventiva exige que los mecanismos probatorios y de investigación legítimos faciliten la intervención del ministerio público antes de que el terrorismo provoque tragedias y, al mismo tiempo, respeten las garantías procesales arraigadas en el estado de derecho”<sup>518</sup>.

Como hemos podido analizar en los anteriores capítulos, todos los países de nuestro entorno han venido aprobando leyes, tanto en el orden sustantivo como procesal, para combatir el fenómeno del terrorismo. Pero cierto es que de nada sirve ampliar el catálogo de conductas tipificadas como terroristas, en función de la evolución del fenómeno terrorista, si no se articula un proceso penal y unas medidas de investigación acordes para la persecución de estos tipos penales. El ejemplo más claro lo encontramos en el caso español con la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El 5 de octubre de 2015 entró en vigor la reforma por la que se regulaban nuevas medidas de investigación tecnológica conforme a los nuevos avances existentes. Muchas de esas nuevas medidas venían siendo utilizadas en la práctica, pero se movían en una especie de limbo legal amparadas en un Ley completamente obsoleta aprobada en 1882, y cuya última reforma en materia de terrorismo se remonta al año 1988.

Cabe plantearse si la necesidad de esta legislación específica para combatir el terrorismo implica necesariamente que estemos hablando de un derecho penal y un derecho procesal penal del enemigo. La respuesta es rotunda: no. Las medidas específicas no suponen excepcionalidad jurídica como defiende el derecho del enemigo. Las medidas específicas suponen limitación de derechos fundamentales y garantías procesales, pero siempre con un límite bien definido: el respeto a su contenido esencial.

La defensa de la legitimidad de los Estados para articular respuestas específicas frente al terrorismo, no suponen la defensa del “todo vale para combatir el terrorismo”. Esa legitimidad no es ilimitada, sino que reside en la existencia de unos límites claros para evitar excesos en las respuestas de los Estados. De ahí que el primer objetivo de una estrategia antiterrorista, en el ámbito de un Estado de derecho, deba ser el

---

<sup>518</sup> Documento de trabajo sobre Prevención de los actos terroristas: estrategia de justicia penal que incorpora las normas del Estado de derecho en la aplicación de los instrumentos de las Naciones Unidas relativos a la lucha contra el terrorismo. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Viena, 2006. Pág. 62.

mantenimiento de la democracia, el imperio de la ley (solo la ley, pero toda la ley) y el respeto de los derechos fundamentales.

Cierto es que a lo largo de la historia se han producido excesos por parte de algunos Estados, pero más cierto es aún que esto no tiene por qué invalidar ni poner en tela de juicio el hecho de que, por parte de los Estados, se adopten medidas específicas frente a los que les atacan. De ahí que, junto con la existencia de una amenaza, la legitimidad de esta respuesta específica la encontremos en ese respeto a los límites.

Por ello, la búsqueda de un proceso efectivo y de medidas eficaces para la investigación y el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo tiene que conjugarse con el necesario respeto a los derechos fundamentales y garantías procesales de los ciudadanos. Del estudio en la evolución de las normas procesales de los países de nuestro entorno, así como del estudio comparativo con nuestro ordenamiento procesal, podemos adelantar dos conclusiones: la primera, la evolución positiva de nuestro ordenamiento jurídico en lo que a respeto de derechos fundamentales se refiere; y la segunda, la posición aventajada de nuestro país en cuanto al respeto de garantías procesales en comparación con otros ordenamientos jurídicos.

El estudio de la evolución de la legislación antiterrorista española permite apreciar cómo se ha ido mejorando progresivamente, desde el punto de vista del respeto de los derechos fundamentales. Una vez superada lo que podríamos denominar una “primera etapa” de legislación excepcional antiterrorista (buena parte de la cual fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional) se pasó a una etapa caracterizada por la adopción de toda una legislación específica sobre la materia, mucha de ella en aplicación de la normativa comunitaria, pudiéndose afirmar que en la actualidad es uno de los Estados cuya normativa, en la lucha contra el terrorismo, parece respetar más las coordenadas propias del Estado de Derecho. Así, comprobamos cómo la legislación antiterrorista se ha ido adaptando no solo a la evolución de la criminalidad terrorista o del fenómeno del terrorismo, sino también al respeto debido a los derechos fundamentales y garantías procesales.

No se debe perder de vista que la victoria del Estado de Derecho frente a sus enemigos, en este caso frente a los terroristas, la encontramos en la capacidad de

*“juzgar en un proceso justo y con plenitud de garantías a quienes negaron la vida de tantas víctimas del terrorismo”*<sup>519</sup>. De ahí que, junto a las pretensiones legítimas de prevención, persecución y enjuiciamiento de la criminalidad terrorista, sea necesario el respeto a un proceso justo y con garantías.

El conflicto se plantea entre el interés del Estado en una lucha efectiva contra la criminalidad terrorista, y el derecho del inculcado a la observancia plena de sus garantías procesales. Es decir, por un lado, está el establecimiento de medidas eficaces tanto para esclarecer los hechos terroristas y garantizar el derecho a la justicia de las víctimas del terrorismo como eficaces para la prevención de posibles atentados terroristas; y por otro lado, se encuentra el respeto a las garantías procesales de los presuntos responsables de dichos atentados.

De ahí que la UNODC, en su Manual de justicia penal frente al terrorismo, establezca que: “Una respuesta ante el terrorismo efectiva y centrada en la prevención ha de incluir un sólido elemento de justicia penal orientado por un marco jurídico normativo e integrado en los principios básicos del estado de derecho, las garantías procesales y el respeto de los derechos humanos. Los autores de actos de terrorismo tal como están definidos en los instrumentos jurídicos universales contra el terrorismo son criminales, y, por lo tanto, deben ser enjuiciados en el marco del proceso de justicia penal por cuanto se trata del mecanismo más apropiado y justo para velar por que se haga justicia y se protejan los derechos de los acusados”<sup>520</sup>.

#### 7.1.2.- Justificación por razón de su eficacia

Además de encontrar la justificación de la existencia de estas medidas en su necesidad social, siempre y cuando se respeten unos límites, el paso del tiempo ha demostrado que la legislación antiterrorista, acompañada de otras medidas como la

---

<sup>519</sup> Discurso del Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Juan Luis Ibarra, en homenaje por el 15º Aniversario del asesinato del magistrado José María Lidón a manos de la organización terrorista ETA.

<sup>520</sup> *Manual de Justicia penal de Naciones Unidas*. Oficina contra droga y el delito (UNODC). Viena, 2009. Pág. 1.

cooperación internacional, la especialización de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y otras medidas de carácter político, ha resultado ser eficaz para acabar con el terrorismo tradicional que ha azotado Europa y España desde finales del S.XIX hasta nuestros días. Asimismo, esa legislación específica será nuestra principal baza para hacer frente a la actual amenaza terrorista, de corte yihadista, que pende sobre los países de Occidente.

En España, como indicábamos en el capítulo anterior, habrían sido enjuiciados en la Audiencia Nacional al menos 35 grupos terroristas contra los que se habrían dictado unas 542<sup>521</sup> sentencias. Si fijamos la eficacia de la legislación antiterrorista en el número de sentencias condenatorias dictadas por la Audiencia Nacional en materia de terrorismo podemos cuantificar el nivel de eficacia de estas medidas como de “muy alto”, desde la creación de la Audiencia Nacional en 1977.

Tabla 6. Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en materia de terrorismo<sup>522</sup>

<i><b>Organización terrorista</b></i>	<i><b>Núm. de sentencias</b></i>	<i><b>Personas enjuiciadas</b></i>	<i><b>Personas condenadas</b></i>	<i><b>% Condenados</b></i>
ETA	341	1004	926	92,23%
YIHADISMO	24	192	114	59,37%
GRAPO	142	327	265	81,03%
OTROS	35	135	115	85,18%
<b>TOTAL</b>	<b>542</b>	<b>1858</b>	<b>1420</b>	<b>85,64%</b>

En este sentido, de una muestra de 542 sentencias dictadas por la Audiencia Nacional, podemos establecer que, salvo en los casos de terrorismo yihadista, el porcentaje de condenas es muy elevado.

<sup>521</sup> Datos obtenidos de la muestra de sentencias utilizada para el presente trabajo y que se relacionan en el Anexo I.

<sup>522</sup> Fuente: Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en materia de terrorismo analizadas por la autora hasta el momento y que se referencian en el Anexo I.

El alto número de absoluciones, en lo que a terrorismo yihadista se refiere, se debe a que la legislación antiterrorista -vigente hasta el año 2010 en el orden sustantivo y hasta 2015 en lo que al proceso penal se refiere- estaba orientada para la persecución y enjuiciamiento del terrorismo tradicional. Este terrorismo se basaba fundamentalmente en la idea de grupo estructurado por relaciones de jerarquía y con un componente de permanencia en el tiempo. El nuevo terrorismo de naturaleza yihadista no responde a esos parámetros, caracterizándose por elementos terroristas individuales, independientes unos de otros y radicalizados principalmente a través de internet. Esta evolución del fenómeno terrorista ha obligado a que las normas hayan tenido que ser adaptadas.

Si nos centramos en el análisis de las Sentencias dictadas en los últimos años por la Audiencia Nacional en materia de terrorismo, durante el periodo 2008-2015<sup>523</sup>, habrían sido juzgadas en la Audiencia Nacional 1243 personas por delitos de terrorismo, de las que habrían sido condenadas 771, lo que significaría un porcentaje de condenas del 62,02% del total.

El descenso del porcentaje global, en relación con el porcentaje desglosado de condenas de la Tabla 6, se debe fundamentalmente a que las Sentencias contra grupos yihadistas, en las que existe un mayor número de absoluciones, se han dictado mayoritariamente en estos últimos años.

Tabla 7. Actividad de la Audiencia Nacional en materia de terrorismo<sup>524</sup>

AÑO	Nº STS	ETA	YIHAD	GRAPO	OTROS	PERSONAS JUZGADAS					PERSONAS CONDENADAS				
						TOTAL	ETA	YIHAD	GRAPO	OTROS	TOTAL	ETA	YIHAD	GRAPO	OTROS
2015	57	53	2		1	135	111	13		1	77	63	13		1
2014	39	33	2		4	142	133	2		7	70	61	2		7
2013	55	48	4	1	2	103	93	4	1	5	62	53	4	1	4
2012	64	60	2	2		188	176	2	2		112	108	2	2	
2011	82	74	4	4		209	188	10	11		127	113	6	8	
2010	68	56	5	6	1	171	127	24	19	1	108	78	14	15	1
2009	64	49	2	9	4	157	113	25	13	6	118	86	15	11	6
2008	54					138	82	30	22	4	97	61	20	13	3

<sup>523</sup> Se toma como referencia dicho periodo porque es a partir del año 2008 cuando la Fiscalía de la Audiencia Nacional empieza a detallar en sus Memorias las personas juzgadas, y no solo las condenadas como venía haciendo desde la Memoria correspondiente al año 1977.

<sup>524</sup> Fuente: Memorias de la Fiscalía General del Estado Años 2016, 2015, 2014, 2013, 2012, 2011, 2010, 2009, 2008, 2007, 2006.



### 7.1.3.- Justificación por razón de los derechos de las víctimas del terrorismo

Por último, otro elemento justificador de una respuesta específica contra el terrorismo lo encontramos en el derecho a la justicia debida a las víctimas de dicha clase de violencia. Más allá de la justicia, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico recogido en el artículo 1 de nuestra Constitución, el derecho a la justicia de las víctimas del terrorismo es un derecho especialmente protegido que se recoge tanto en nuestra legislación específica de víctimas del terrorismo como a nivel internacional en diferentes Resoluciones de Naciones Unidas, así como en la Directiva de la Unión Europea sobre derechos de las víctimas. Si bien es cierto que carece de reflejo específico en la Constitución, encuentra su desarrollo normativo a partir del reconocimiento, tanto internacional como interno, de lo que actualmente se conocen como los *derechos de las víctimas con respecto a la Administración de Justicia*.

En este sentido, es importante destacar el avance que para el reconocimiento de derechos específicos de las víctimas supuso la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por el que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. En dicho texto, aunque no se reconocen unos derechos específicos de las víctimas del terrorismo, si se tiene en consideración el carácter de especialmente vulnerables, recogándose expresamente que: *“Las víctimas del terrorismo han sufrido atentados cuya intención última era hacer daño a la sociedad. Por ello pueden necesitar especial atención, apoyo y protección, debido al especial carácter del delito cometido contra ellos. Las víctimas del terrorismo pueden ser objeto de un importante escrutinio público y a menudo necesitan el reconocimiento social y un trato respetuoso por parte de la sociedad. En consecuencia, los Estados miembros deben tener especialmente en cuenta las necesidades de las víctimas del terrorismo, y esforzarse por proteger su dignidad y seguridad”*. No obstante, aunque sin hacer mención expresa al derecho a la justicia de las víctimas, se reconocen toda una serie de derechos relativos a la participación de la víctima en el proceso penal.

Como consecuencia de la trasposición de dicha Directiva a nuestro ordenamiento jurídico se aprobó la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito que, como recoge en su Preámbulo, *“tiene la vocación de ser el catálogo*

*general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, no obstante las remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad*". En este sentido, es importante destacar el desarrollo normativo existente en nuestro ordenamiento jurídico en lo que a derechos y prestaciones que corresponden específicamente a las víctimas del terrorismo se refiere y que se aglutinan en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las Víctimas del Terrorismo.

En dicho texto normativo, en su Preámbulo, se recoge específicamente el deber del Estado por impedir la impunidad de los delitos de terrorismo al afirmar que *"el respeto a la justicia como exigencia básica del Estado de Derecho, de acuerdo con sus normas y garantías. Los poderes públicos garantizarán en este sentido y en el ámbito de sus competencias que no se produzcan situaciones injustas o de desamparo hacia las víctimas. Concretamente, trabajarán para impedir la impunidad de los crímenes terroristas en cualquiera de sus manifestaciones y velarán para que los terroristas cumplan íntegramente sus penas, de acuerdo con lo establecido por la legislación penal"*. Ello supone un reconocimiento específico del derecho de las víctimas del terrorismo a que el Estado le garantice, cuanto menos, una justicia efectiva.

Esta línea es la que se siguió a la hora de redactar la Carta Europea de Derechos de las víctimas del terrorismo<sup>525</sup>. En dicho documento, entre otros derechos, se reconoce el *Derecho de investigación y persecución*. La primera formulación expresa de este derecho lo encontramos en el documento elaborado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 2 marzo de 2005, *"Líneas directrices sobre la protección de las víctimas de actos terroristas"*, en el que se recoge que: *"1. Los Estados deben abrir una investigación oficial efectiva cuando un acto terrorista ha causado víctimas. 2. En este contexto, debe otorgarse un papel específico a las víctimas con independencia del hecho de que éstas hayan presentado oficialmente una denuncia. 3. Al término de la investigación, cuando se haya decidido no llevar ante la justicia al presunto autor de un acto terrorista, los Estados deben autorizar que las víctimas puedan pedir la revisión de esta decisión por una autoridad competente"*.

---

<sup>525</sup> Documento realizado por la NAVT (Network of Associations of Victims of Terrorism (JLS/2008/D1/003). Presentado en Turín en mayo de 2009.

Asimismo, en la Carta se recoge el *Acceso efectivo al Derecho y a la Justicia*, que se remite a la formulación realizada en el documento anteriormente citado (*“Líneas generales sobre la protección de las víctimas de actos terroristas”*): *“Los Estados deben garantizar el acceso efectivo de las víctimas de actos terroristas al derecho y a la justicia, asegurándoles: el derecho de acceso a tribunales competentes para poder intentar una acción civil de cara a hacer valer sus derechos, y una asistencia judicial, si fuera necesario”*.

Finalmente, se ha conseguido el reflejo de estos derechos en una Directiva<sup>526</sup>, que será aprobada por el Parlamento Europeo en febrero de 2017. En dicho texto, junto con la obligación a los Estados miembros de que incluyan en sus regulaciones nuevas conductas como de terroristas, se incluyen dos artículos sobre *protección, apoyo y derechos de las víctimas del terrorismo*. Entre estos derechos, se reconoce que *“los Estados miembros garantizarán que las investigaciones o el enjuiciamiento de los delitos a que se refiere la presente Directiva no dependan de la formulación de denuncia o acusación por una víctima del terrorismo u otra persona afectada por tales delitos, al menos si los hechos se cometieron en el territorio de un Estado miembro”*. De esta manera, se reconoce la obligación de los Estados miembros de perseguir y enjuiciar los delitos de terrorismo de oficio.

Por todo ello, al hablar del derecho a la justicia de las víctimas del terrorismo no solo nos referimos al derecho de la víctima a ser parte del proceso penal, sino también al derecho de la víctima a que se investigue y se persiga de manera eficaz los atentados terroristas. De ahí que, junto a la obligación de los Estados de velar por la seguridad de sus ciudadanos frente al terrorismo, debamos poner en valor el derecho a la justicia de las víctimas que hace que desde los poderes públicos se deba de hacer todo lo permitido por la ley para la investigación y esclarecimiento de los atentados. Siempre actuando dentro de la ley, pero a su vez sirviéndose de todos los instrumentos que la ley permita. En este sentido se manifestaba la Fundación de Víctimas del terrorismo al afirmar que:

---

<sup>526</sup> DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativa a la lucha contra el terrorismo, y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo sobre la lucha contra el terrorismo.

*“Nuestra sociedad no debería olvidar que en un Estado de Derecho el derecho a la justicia real no es negociable, ni relativo”<sup>527</sup>.*

## **7.2. Justificación de la vigencia de esta respuesta específica**

### **7.2.1.- Situación actual de la amenaza terrorista en España y en Europa**

Como venimos señalando a lo largo de este trabajo, el fenómeno del terrorismo ha ido evolucionando desde un terrorismo de corte extremista (tanto de derechas como de izquierdas), pasando por un terrorismo nacionalista, hasta llegar, actualmente, a un terrorismo de corte yihadista. El historiador David Rapoport delimita las fases evolutivas del fenómeno terrorista estableciendo cuatro periodos: el terrorismo anarquista, el terrorismo anticolonial, el terrorismo de la nueva izquierda y el terrorismo religioso<sup>528</sup>. Esta circunstancia demuestra que, en contra de lo que muchos han defendido y siguen defendiendo, el terrorismo no es algo coyuntural frente al que se puede actuar con medidas temporales (de mayor o menor duración), sino que la amenaza terrorista, por desgracia, es algo estructural de nuestros sistemas democráticos que, aunque de manera evolutiva, no ha dejado de estar presente tanto a nivel nacional como a nivel europeo.

De ahí que, frente a los que defienden (como en el caso de España) que las leyes específicas para combatir el terrorismo deben de ser derogadas ahora que parece poco probable que la organización terrorista ETA vuelva atentar, sea imprescindible no perder de vista este carácter estructural del terrorismo de los sistemas democráticos. No obstante, la amenaza del terrorismo yihadista que actualmente pende sobre Europa bastaría para defender la pertinencia y la vigencia de una regulación específica para hacerle frente.

---

<sup>527</sup> FUNDACIÓN VÍCTIMAS DEL TERRORISMO: *El documento de la Justicia: Principios rectores para un modelo de fin de ETA sin impunidad*. Madrid, 23 de noviembre de 2010.

<sup>528</sup> RAPOPORT, D: “Las cuatro oleadas del terrorismo moderno”. Intervención realizada en las Jornadas Internacionales sobre Terrorismo organizadas por la Fundación Manuel Giménez Abad. Zaragoza. 24/6/2014.

En este sentido, como señala el profesor Rogelio Alonso refiriéndose a la amenaza del terrorismo yihadista, “...nos enfrentamos a una amenaza creíble, permanente y global. Efectivamente, la voluntad de atacar contra nuestras sociedades es real y solo está condicionada por la capacidad de los terroristas para hacerlo. Los terroristas desean seguir atentando y lo harán si disponen de recursos y nuestros servicios de inteligencia no logran evitarlo. Debemos asumir que la determinación de los terroristas está llamada a permanecer en el tiempo habida cuenta de su intenso grado de fanatización aportado por el islamismo radical”<sup>529</sup>.

Actualmente, los países de la UE mantienen un nivel muy alto de alerta por riesgo de atentado, aunque ninguno de ellos sitúa el riesgo en su máximo nivel. Los últimos atentados perpetrados en Europa han demostrado que aún quedan muchas aristas por pulir; no tanto en las legislaciones antiterroristas de los países de nuestro entorno, sino en su correcta aplicación y en la cooperación entre países. Muestra de ello es la última Directiva<sup>530</sup> aprobada por la Comisión que entrará en vigor en los primeros meses de 2017 y que establece algunas cuestiones a incorporar en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, lo que evidencia que, salvando el caso de nuestro ordenamiento jurídico, que ya las tiene incorporadas, en muchos países de la Unión aún les queda por hacer.

Tabla 7. Niveles de alerta antiterrorista en Europa<sup>531</sup>

<i><b>PAÍS</b></i>	<i><b>NIVEL DE ALERTA</b></i>
Reino Unido	4 de 5
Holanda	3 de 4
Bélgica	3 de 4
Francia	2 de 3
España	4 de 5
Dinamarca	4 de 5
Alemania	Elevada

<sup>529</sup> ALONSO, R: “Amenaza permanente y global”, El mundo 23/3/2015.

<sup>530</sup> Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la lucha contra el terrorismo, y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/474/JAI del Consejo sobre la lucha contra el terrorismo.

<sup>531</sup> Fuente: Departamento Nacional de Seguridad.

### 7.2.2.- Análisis de la necesidad de mantener la vigencia de cada una de las medidas específicas previstas en la legislación española

A la vista de que la amenaza terrorista sigue vigente en España, la necesidad de mantener el catálogo de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, analizadas en el capítulo anterior, sigue igualmente vigente. Aunque en algunos casos será conveniente su adaptación a las nuevas circunstancias, sí consideramos que con carácter general la regulación de dichas medidas se mantenga estable dentro de nuestro ordenamiento jurídico y no se vea sometida su vigencia o su inclusión en el mismo a cuestiones coyunturales de política criminal. Como hemos visto la amenaza terrorista es un elemento estructural de los Estados democráticos y las medidas específicas para hacerla frente deben permanecer en los ordenamientos con independencia del nivel de intensidad de la misma. Esto no implica que dichas medidas vayan evolucionando a medida que el fenómeno terrorista va evolucionando, si no a los efectos de una mayor eficacia.

En primer lugar, en relación con el papel que a día de hoy juega la Audiencia Nacional en la lucha contra el terrorismo, debemos destacar los datos ofrecidos por la Fiscalía General del Estado en relación con lo que las causas judiciales seguidas por terrorismo representan respecto del total del trabajo desarrollado por la Fiscalía de la Audiencia Nacional. De esta manera, según tales datos<sup>532</sup>, las investigaciones por delitos de terrorismo están aumentando de forma importante durante los últimos años: el «quantum» de diligencias previas incoadas en el 2015 asciende a 331 (19 más que el año anterior), lo que representa el 48,8% de las diligencias previas que son competencia de esta Fiscalía (331 respecto a 678), y un 40% de la totalidad de las investigaciones incoadas por los órganos judiciales de la Audiencia Nacional, cifra que asciende a 808 diligencias. Por lo que se puede concluir que el 50% de la actividad judicial llevada a cabo en la Audiencia Nacional se corresponde con la persecución de delitos de terrorismo. Ciertamente es que este alto porcentaje se debe principalmente a la irrupción del terrorismo yihadista, y al elevado número de diligencias previas incoadas al respecto,

---

<sup>532</sup> Memoria presentada al inicio del año judicial por la Fiscalía General del Estado, Excm. Sra. Dña. Consuelo Madrigal Martínez-Pereda. 2016. Págs. 249-255.

pero no podemos dejar de lado el papel fundamental que juega la Audiencia Nacional en la persecución y enjuiciamiento de los atentados perpetrados por ETA que aún están sin esclarecer, o sobre los que aún quedarían responsabilidades penales pendientes de depurar a la espera, por ejemplo, de que sus responsables sean entregados por las autoridades judiciales francesas o por terceros países. Asimismo, no debemos perder de vista la irrupción del terrorismo nacionalista gallego y del terrorismo de corte anarquista que, aunque de manera minoritaria, han provocado igualmente la incoación de diligencias previas por parte de la Audiencia Nacional.

En lo que respecta a las medidas previstas en nuestro ordenamiento jurídico limitadoras de derechos fundamentales, debemos decir que el simple hecho de la existencia de la amenaza del terrorismo yihadista sería suficiente para la justificación de su vigencia. El carácter estructural de la amenaza terrorista hace que su regulación deba permanecer de manera estable en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, su vigencia en nuestro ordenamiento jurídico no implica que deban de ser aplicadas por sistema a todos los detenidos por terrorismo. De hecho, el análisis desde un punto de vista cuantitativo de algunas de las medidas, realizado en el capítulo anterior, ha evidenciado que el recurso a este tipo de medidas se limita a casos muy excepcionales. De esta manera, hemos podido comprobar como en los detenidos por terrorismo en el año 2016, prácticamente en ninguno de los casos se ha procedido a la prórroga de la detención, y el periodo de incomunicación se ha limitado al plazo ordinario previsto en la ley.

Asimismo, es importante destacar que la regulación de dichas medidas en la legislación no es obstáculo para que los Jueces competentes en la materia puedan establecer algunos mecanismos a la hora de su autorización, en aras a un mayor respeto de las garantías de los detenidos. En este sentido, es importante destacar las medidas que, por parte de algunos jueces de la Audiencia Nacional, se han venido adoptando en los últimos años para eliminar cualquier sombra de sospecha en aquellos casos en los que se ha optado por decretar la medida de incomunicación para los detenidos. Nos estamos refiriendo al conocido como “Protocolo Garzón”, que debe su nombre al titular del Juzgado Central de Instrucción, Baltasar Garzón, establecido por primera vez por Auto de diciembre de 2006, y que ya fue expuesto en un Capítulo precedente.

No obstante, debemos señalar que las medidas recogidas en dicho Protocolo vienen a reforzar las garantías de los detenidos en régimen de incomunicación, pero en ningún caso pueden ser interpretadas como requisitos para la validez de las declaraciones prestadas bajo este régimen. En sentido se manifestó el Tribunal Supremo en su Sentencia nº 234/2012, de 16 de marzo, al referirse expresamente sobre esta cuestión y establecer que: *“En aquellas ocasiones en que el Juez de instrucción impone a los agentes que custodian al detenido la obligación de grabar en vídeo su estancia en dependencias policiales, es claro que el incumplimiento de algunas de sus exigencias puede ser fuente de responsabilidad para todo aquel que quebrante voluntariamente esas reglas. Lo mismo puede afirmarse respecto del grado de observancia de los protocolos recomendados por organizaciones internacionales de derechos humanos y para la prevención de la tortura. Qué duda cabe que tales instrumentos pueden llegar a resultar decisivos para evitar el menoscabo de la dignidad de todo detenido y que una información obtenida quebrantando la integridad física o moral del imputado lastraría de forma irreparable el resto de las pruebas jurídicamente conectadas con esa de la que se deriva la irregularidad (art. 11 LOPJ). Pero también es cierto que ni el control mediante grabaciones ni el acomodo a esos protocolos constituyen presupuesto de validez de la declaración del detenido. Lo que acarrearía la vulneración de los derechos fundamentales y consiguiente ilicitud probatoria sería, no la inobservancia de aquellos requisitos, sino la acreditación, mediante ése o cualquier otro medio de prueba, de malos tratos o vejaciones contrarias a la dignidad de todo detenido”*.

Mención especial merecen las nuevas medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales reguladas por primera vez en la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si bien es cierto que, por regla general, se establece la necesidad de autorización judicial para su adopción se sigue manteniendo la posibilidad de que en los casos de emergencia por la persecución de delitos de terrorismo puedan ser adoptadas en un primer momento por autoridad gubernativa. En este sentido, no podemos obviar las especiales características del terrorismo yihadista y la importancia que juegan las redes sociales y las aplicaciones de mensajería instantánea no solo para la comunicación entre ellos, sino para la captación y el adoctrinamiento de sus miembros. En estos casos, la adopción de una de estas medida a tiempo puede suponer el boicot de un atentado terrorista y evitar un número elevado de muertos. De ahí que su vigencia este más que justificada.



Por último, nos referiremos a las medidas especiales previstas en la fase de ejecución, con especial mención a la dispersión de los presos condenados por delitos de terrorismo. Ciertamente es que el nuevo escenario existente en nuestro país, desde que la organización terrorista ETA anunciase el *cese definitivo de su actividad armada en octubre 2011*<sup>533</sup>, ha cuestionado la vigencia de esta medida para aquellos presos condenados por su relación con dicha organización. Reiterando lo ya manifestado al respecto en el capítulo anterior es importante destacar la idea de que la finalidad de la dispersión de los presos no es otra que la de facilitar su reinserción, alejándoles y dispersándoles para romper los fuertes lazos de disciplina existentes dentro del colectivo de presos y respecto de la dirección. Si bien es cierto que ETA ha dejado de matar, su pervivencia y su especial interés por seguir manteniendo la cohesión y el control del colectivo de presos hace que esta medida siga siendo igual de necesaria para la posible reinserción de sus miembros.

---

<sup>533</sup> Comunicado de la organización terrorista ETA. 20/10/2011.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** El debate seguridad frente a libertad es un debate que se reaviva cada vez que el terrorismo golpea nuestras sociedades. Se suelen presentar como dos ámbitos contrapuestos, a más seguridad menor libertad y viceversa. Sin embargo, nos encontramos ante dos bienes jurídicos que constituyen los pilares esenciales de nuestros Estados democráticos y de derecho, lo que hace que necesariamente deben de ser conciliables. Asimismo, existe una obligación por parte de los Estados de garantizar su disfrute a todos los ciudadanos. No obstante, no debemos perder de vista que no existe una libertad absoluta y que la libertad de un individuo termina donde empieza la libertad del otro. De ahí que podamos afirmar la legitimidad de la delimitación de este derecho fundamental en aras a la consecución de bienes mayores.

La tarea fundamental del Estado de Derecho es garantizar el equilibrio y la armonía de estos dos bienes jurídicos delimitándolos lo mejor posible, creando para ello unas normas y principios que se han convertido en los derechos fundamentales de cualquier Constitución de un Estado social y democrático de Derecho. Para ello, se establece un catálogo de libertades fundamentales que solo pueden ser limitadas en casos excepcionales, expresamente marcados por la Ley.

De igual modo, el derecho a la seguridad requerirá de los Estados la adopción de medidas específicas para la neutralización de los riesgos que penden sobre ellos. A lo largo de la historia, el terrorismo ha sido una de las principales amenazas para la seguridad de los Estados. Lo que ha obligado a que, por parte de estos, se hayan ido dotando de instrumentos legislativos específicos para hacerle frente. Estas medidas específicas han sido descalificadas por muchos al ser consideradas como propias de un Derecho de enemigos.

**SEGUNDA.-** Según la teoría de Günter Jakobs, los enemigos se caracterizan: primero, porque rechazan por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen su destrucción; y segundo, por su especial peligrosidad para el orden jurídico, dado que no ofrecen garantías de la mínima seguridad cognitiva, es decir, su

comportamiento ya no es calculable de acuerdo a las expectativas normativas vigentes en la sociedad.

La visión del delincuente como enemigo no es nueva, sino algo muy antiguo que ha permanecido a lo largo de la historia hasta nuestros días. De ahí que podamos destacar la existencia de un importante aval histórico-filosófico como garantía de la doctrina del Derecho penal del enemigo. Asimismo, frente a los que presentan la teoría del Derecho penal del enemigo como algo propio del Estado autoritario, defendemos su legitimidad siempre y cuando se desarrolle dentro de los límites propios de un Estado de Derecho y del respeto a los derechos y garantías fundamentales.

La principal finalidad de la teoría del Derecho penal del enemigo, más allá de las finalidades meramente formales, la encontraríamos en el derecho a la seguridad de los ciudadanos y a su deber de garantía por parte de los Estados. La garantía de este derecho a la seguridad es lo que empujaría a los Estados a neutralizar los potenciales riesgos, sirviéndose para ello de medidas propias del Derecho penal del enemigo.

De ahí que hablar de los terroristas como enemigos de nuestras democracias no implique necesariamente despojarles de sus derechos fundamentales. Hablar de los terroristas como enemigos para nuestra seguridad implica establecer un sistema normativo específico para hacer frente a este tipo de delincuencia y establecer una serie de medidas, que, si bien es cierto, supondrán cierta limitación de los derechos fundamentales, en ningún caso podrán suponer su despojo.

Es por ello, por lo que no puede afirmarse que todo lo que se entiende por Derecho penal del enemigo sea ilegítimo ni que todas las disposiciones de las leyes antiterroristas lo sean. Para hacer estas afirmaciones habría que realizar un análisis individualizado de cada disposición o norma.

**TERCERA.-** Hoy en día, el terrorismo se encuentra entre los principales peligros para la seguridad de los Estados, de ahí que en el ámbito de las políticas criminales se encuentren muchas veces legislaciones que, con la finalidad de garantizar

la seguridad de los ciudadanos y de hacer frente al terrorismo, reduzcan o limiten las libertades y los derechos fundamentales.

La existencia de legislaciones específicas en materia de terrorismo no implica necesariamente que nos encontremos ante legislaciones excepcionales que no respetan las garantías y derechos fundamentales reconocidos a nivel constitucional y que constituyen las bases del sistema penal en un Estado de derecho. En este sentido, es importante distinguir entre lo que son especificidades del derecho para casos excepcionales y los límites para que éstas sean aceptables y excepcionales inaceptables por ser claramente contrarias a los derechos fundamentales, a las garantías propias de un Estado de derecho y estratégicamente ineficaces para combatir el terrorismo. Distinguir entre: limitar derechos fundamentales y excluir/eliminar derechos fundamentales. Distinguir entre: cuando nos encontramos ante normas de Derecho penal del enemigo o ante casos de limitación de derechos por cuestiones extraordinarias.

Si planteamos el fenómeno del terrorismo como vulneración de derechos humanos, necesariamente debemos plantear la represión a dichos fenómenos desde el respeto a esos derechos humanos. De ahí que, necesariamente, junto a la búsqueda de una lucha eficaz frente al terrorismo -a través de una minimización de garantías- se busque el respeto de los derechos fundamentales propios de un Estado de derecho.

**CUARTA.-** La restricción de libertades en casos excepcionales, como puede ser por motivos de seguridad nacional, no tiene porqué implicar excepcionalidad jurídica. Esto nos lleva, necesariamente, a tener que distinguir entre: medidas normales, dentro del ordenamiento jurídico general, para hacer frente a una criminalidad excepcional; y medidas excepcionales, situadas fuera del ordenamiento jurídico general, como pueden ser la creación de tribunales militares especiales; y, en ocasiones, situadas incluso fuera de lo admisible en el marco de un Estado de derecho, como puede ser la tortura.

De la misma manera que se habla del derecho humano a la seguridad del individuo, el respeto de los derechos humanos y el imperio de la ley deben constituir la base fundamental de la lucha global contra el terrorismo. Esto requiere la formulación de estrategias nacionales contra el terrorismo que procuren prevenir actos de terrorismo,

enjuiciar a los responsables de esos actos criminales y promover y proteger los derechos humanos y el imperio de la ley

**QUINTA.-** El terrorismo no es un fenómeno coyuntural, sino una forma de criminalidad incardinada en la cotidianidad y que, aunque de manera cambiante, se ha mantenido como un elemento estructural de los sistemas democráticos; de ahí que no sea conveniente hacerle frente con instrumentos transitorios o excepcionales. El paso del tiempo ha demostrado que para oponerse a él lo más adecuado es hacerlo a través de la legislación ordinaria, aunque para ello sea necesario el reconocimiento de algunas especificidades propias de este tipo de delincuencia. De esta manera, nos estaremos asegurando una respuesta acorde con los principios propios de un Estado de Derecho y una adecuada administración de justicia. De ahí que consideremos como principales hitos, en lo que a la legislación antiterrorista se refiere, la incorporación al Código Penal y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de los tipos y las medidas específicas en materia de terrorismo; y la creación de la Audiencia Nacional, como órgano de la jurisdicción ordinaria competente para el conocimiento y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo.

Entre las particularidades de la delincuencia terrorista, que llevan a los Estados a aprobar legislaciones específicas, destacan: la gran dañosidad que produce el terrorismo unida a la existencia de un propósito inmediato de desestabilizar a la sociedad y de lograr algún tipo de objetivo político, produce una sensación de inseguridad a la que suelen venir aparejadas respuestas rápidas, a veces precipitadas, de los Estados, caracterizadas por tratar de contrarrestar esa sensación con una mala entendida, pero bien percibida, seguridad; y en segundo lugar, la necesidad de ofrecer a la sociedad una sensación de inflexibilidad ante algo tan terrible como es el terrorismo, vence muchas veces a la racionalidad que exige reflexión a los efectos de lograr la mayor efectividad posible en la intervención penal.

**SEXTA.-** El Derecho penal no basta para hacer efectiva la represión de las conductas criminales. Es preciso articular el instrumento adecuado para lograr la sanción de esas conductas, es decir, un proceso que permita la debida aplicación de la ley penal,

pues el Estado no puede ejercer el ius puniendi sin pasar por el proceso, o al menos de una forma legítima.

En este sentido es importante destacar que la tipificación de nuevos comportamientos como delitos de terrorismo no basta para hacer frente eficazmente a la criminalidad terrorista. Es necesario articular un proceso penal adecuado que permita la debida aplicación de la ley penal y la efectiva investigación de las conductas tipificadas como delitos. Y ello siempre con el supremo respeto de las garantías y derechos fundamentales de las personas investigadas.

**SÉPTIMA.-** Las normas internacionales y regionales de derechos humanos dejan claro que los Estados tienen a la vez el derecho y la obligación de proteger de los ataques terroristas a las personas que se hallan dentro de su jurisdicción. Esto deriva de la obligación general de los Estados de proteger a las personas contra la injerencia en el ejercicio de los derechos humanos. Más concretamente, se reconoce esta obligación como parte de las obligaciones de los Estados de velar por el respeto del derecho a la vida y a la seguridad de sus ciudadanos.

Para el cumplimiento de este fin, los Estados han venido aprobando una serie de medidas que, en la mayoría de los casos, suponen una limitación en el ejercicio de los derechos fundamentales y garantías de las personas que son investigadas por su relación con delitos de terrorismo. Es importante destacar que la mayoría de estas medidas adoptadas contra el terrorismo se aprueban en el marco de las legislaciones ordinarias, permitiendo éstas algunas limitaciones del ejercicio de ciertos derechos humanos.

En este sentido podemos afirmar, en base a lo desarrollado en este trabajo, que una respuesta eficaz a la criminalidad terrorista necesariamente implicará la adopción de leyes y medidas específicas que impliquen la restricción de los derechos individuales. Considerando esta restricción como de necesaria e inevitable para garantizar el derecho a la seguridad colectiva que todos los Estados están obligados a garantizar a sus ciudadanos.

**OCTAVA.-** Esta tensión hace que sea necesario alcanzar el equilibrio entre la búsqueda de la eficacia en las investigaciones contra la criminalidad organizada y el respeto a los derechos y garantías procesales del investigado. Teniendo siempre presente que la limitación de esos derechos y garantías procesales no implican necesariamente la violación o lesión de los mismos por parte del Estado.

No podemos perder de vista que las garantías procesales en un Estado de derecho no son solo para el delincuente, sino para todos los ciudadanos. Es una protección para todos frente a posibles arbitrariedades por parte del Estado. De ahí que la defensa de las mismas sea fundamental en todo sistema que se haga llamar democrático. Ahora bien, el reconocimiento de la necesidad de salvaguarda de las garantías procesales no excluye la posibilidad de que en determinados casos, por ejemplo en los que esté en juego la seguridad de los ciudadanos, estas garantías puedan limitarse en aras a la eficacia de las investigaciones y de los procesos penales en un tipo de delincuencia como es la terrorista.

En este sentido debemos destacar que un Estado democrático y de derecho como el nuestro debe disponer de medios jurídicos adecuados para combatir la criminalidad terrorista que pretende destruirlo. Debe tenerlos y aplicarlos en toda su extensión.

Entre esos instrumentos se encuentra la posibilidad de suspender algunos derechos de aquellos ciudadanos que premeditadamente están privando de sus derechos, principalmente el derecho a la vida, al resto de los ciudadanos.

**NOVENA.-** En lo que respecta al ordenamiento español en materia de terrorismo, el azote durante décadas de esa lacra ha originado que aquél, con el paso de los años, se haya ido perfeccionando en cuanto a su eficacia para combatir este tipo de delincuencia y manteniendo el respeto a los derechos fundamentales y garantías procesales de los españoles. De ahí que podamos afirmar que nuestro ordenamiento jurídico, a lo largo de los años, no solo se ha ido adaptando a la evolución de este tipo de criminalidad, sino que también se ha ido puliendo en lo que a respeto de los derechos fundamentales y garantías procesales se refiere.

En este sentido, es importante destacar que en lo que a legislación antiterrorista se refiere, en el caso español, no nos encontramos ante una legislación de excepción para hacer frente al terrorismo, sino ante medidas específicas en el marco de la legislación ordinaria para hacer frente a una criminalidad de excepción. Pudiendo concluir que en el caso español no nos encontramos ante un caso de derecho del enemigo.

**DÉCIMA.-** En relación al ordenamiento jurídico español específico para hacer frente al terrorismo podemos destacar la evolución producida desde el carácter excepcional de esta legislación hasta su integración en la legislación ordinaria. En este sentido, el hito más relevante fue el paso de la competencia para el conocimiento y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo de la jurisdicción militar a la ordinaria. Estas dos circunstancias han evidenciado, por su eficacia, la conveniencia de hacer frente al fenómeno del terrorismo por medio de instrumentos ordinarios y no excepcionales. Negar ese carácter excepcional al terrorismo supone negar la pretensión de los terroristas de plantear el fenómeno del terrorismo como si de una guerra, entre ellos y el Estado, se tratara.

**DÉCIMO PRIMERA.-** La adopción de medidas específicas para hacer frente al terrorismo, por parte de los Estados, ha hecho que hayan sido muchas las críticas por considerar dichas medidas como propias del Derecho de enemigos. No obstante, el hecho de que alguna de las medidas previstas sea propia de lo que se conoce como Derecho del enemigo por sus excesos no invalida el resto de la legislación antiterrorista. Asimismo, no todo lo que es considerado como Derecho del enemigo supone realmente un ataque a los derechos fundamentales o garantías procesales, tratándose simplemente de una limitación de los mismos, pero que no supone su eliminación.

Los atentados del 11 de septiembre de 2001 supusieron un antes y un después en la respuesta específica de los estados frente a la criminalidad terrorista. Hasta ese momento el terrorismo era un fenómeno interno, que entraba en cierta medida a formar parte del propio sistema político, de una manera perversa y diabólica. Mientras que a



partir del 11 de septiembre el terrorismo pasa a ser un fenómeno global tanto desde el punto de vista de sus objetivos como de sus víctimas.

A pesar de esta evolución, se observa como los Estados siguen ofreciendo una respuesta reactiva a medida que los efectos del terrorismo se van intensificando. Sin conseguir ofrecer una respuesta realmente preventiva del fenómeno.

No obstante, un elemento común a todos los ordenamientos es la regulación legal de la posibilidad de limitar ciertos derechos fundamentales en el caso de investigaciones por delitos de terrorismo. Presentando este sacrificio como algo inevitable para hacer frente a la criminalidad terrorista de una manera eficaz.

Dicho lo cual, son algunos los excesos que se han producido en lo que a persecución del terrorismo se refiere. Medidas como la limitación del derecho de defensa en el ordenamiento jurídico alemán han llegado incluso a poder apartar a los abogados de confianza en la defensa de un detenido por delitos de terrorismo; la medida del *internamment*, prevista en el ordenamiento jurídico británico hasta 1975, que posibilitaba la detención indeterminada de sospechosos por delitos de terrorismo (aunque posteriormente se limitó a 28 días, seguía siendo excesiva); la última medida anunciada por el gobierno alemán de encarcelar a “radicales islámicos durmientes”, aunque no hayan cometido ningún delito; y la creación de los tribunales militares secretos por parte del gobierno americano, irían más allá de una mera limitación de derechos, llevando aparejadas una auténtica privación de los derechos más elementales de los individuos. Este no respeto por los derechos fundamentales de los individuos es lo que colocaría a estas medidas en la órbita del derecho del enemigo más rechazable y sería recomendable su supresión del ordenamiento jurídico antiterrorista.

**DÉCIMO SEGUNDA.-** En el caso español, en lo que a legislación antiterrorista se refiere, partimos de un amparo constitucional a la suspensión individual de derechos a presuntos terroristas de acuerdo con el art. 55.2 de la Constitución española. Esta limitación de derechos se presenta como algo inevitable a los efectos de poder ofrecer una respuesta adecuada y eficaz frente al fenómeno del terrorismo. En este sentido, supone una obligación de los Estados el utilizar todos los medios legítimos a su alcance

para hacer frente a la amenaza terrorista. De la misma manera, esa respuesta debe tratarse de una respuesta individual, evitando situaciones de suspensión generalizada de derechos con los perjuicios que ello acarrearía a toda la ciudadanía.

En todo caso nos estamos refiriendo a la limitación de los derechos fundamentales que se conocen como relativos y cuya limitación estaría permitida para aquellos casos en los que estuviera en juego un interés superior, respetando, eso sí, el principio de proporcionalidad en todo caso.

En ningún caso defendemos la limitación de lo que se conoce como derechos fundamentales absolutos, esto es el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, etc., que se situaría en la órbita del derecho del enemigo más rechazable.

**DÉCIMO TERCERA.-** A los efectos de poder determinar si las medidas aplicadas por el Estado son legítimas o por lo contrario suponen un exceso en la respuesta ofrecida por el Estado a la criminalidad terrorista, deberán de analizarse desde la triple perspectiva de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Desde el punto de vista de la idoneidad, hemos podido determinar que las medidas adoptadas eran las idóneas, con algún matiz, para la consecución del fin perseguido, que era acabar con el terrorismo. Desde el punto de vista de la necesidad, se ha comprobado como no existían otras medidas menos gravosas que posibilitaran la consecución de esos fines. Y desde el punto de vista de la proporcionalidad, salvo pequeños matices, las injerencias en los derechos de los individuos han sido proporcionadas con los fines perseguidos.

De esta manera, la restricción del derecho a la libertad, a la inviolabilidad del domicilio, a la intimidad o al secreto de las comunicaciones en los términos estudiados en el presente trabajo, no podrán ser consideradas como medida de derecho del enemigo, siempre y cuando se encuentren dentro de los parámetros de control -desde el punto de vista de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad- analizados. No obstante, a mayor injerencia en el ámbito de los derechos fundamentales, necesidad de una mayor justificación por parte de la autoridad ordenante de la medida. Asimismo, en lo que al derecho a la libertad se refiere, los problemas no se centran tanto en la posibilidad de limitar el derecho (por ejemplo, ampliando el plazo de detención gubernativa o el de la

incomunicación) que no se cuestionan, sino en el plazo durante el que puede prorrogarse dichas medidas.

**DÉCIMO CUARTA.-** En relación con los requisitos (formales, subjetivos, objetivos, temporales y procedimentales) encontramos cierta laguna en lo que se refiere al necesario control parlamentario de esta potestad gubernativa. En este sentido, si bien es cierto que este requisito no se refiere tanto a que la exigencia de que este control esté prevista en la Ley, sino al establecimiento de los mecanismos pertinentes en las Cámaras (Congreso y Senado) que serán las propias Cámaras las que, en el marco de sus Reglamentos de funcionamiento, establezcan los mecanismos de control pertinentes. Es necesario establecer un mecanismo de control real sobre el grado de aplicación de las medidas antiterroristas previstas en nuestra legislación específica. En primer lugar, para dar cumplimiento a la exigencia establecida en la Constitución; y en segundo lugar, y en aras de una mayor transparencia, para borrar cualquier sombra de sospecha sobre la aplicación de dichas medidas. En los últimos tiempos vienen siendo habituales las críticas a estas medidas, vinculando su aplicación a un supuesto favorecimiento de la práctica de la tortura en nuestro país. Por el contrario, la realidad nos dice que la aplicación de estas medidas cada vez es más excepcional y que se ha adoptado todo un abanico de medidas para borrar cualquier sombra de sospecha que pueda existir sobre la actuación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en lo que a lucha antiterrorista se refiere.

**DÉCIMO QUINTA.-** En relación con las medidas penales específicas para hacer frente a la criminalidad terrorista se puede comprobar como la tipificación de los delitos de terrorismo en el Código Penal se ha ido adaptando a medida que ha ido evolucionando la amenaza terrorista. Reformas del Código Penal como la del año 2000, en relación con el artículo 577, referentes a las diferentes formas de terrorismo urbano y la responsabilidad penal de los menores; la del 2003, sobre el cumplimiento íntegro y efectivo de las condenas; y las dos últimas, 2010 y 2015, referidas a las nuevas conductas delictivas relacionadas con el terrorismo de corte yihadista, evidencian la necesidad de ir adaptando el marco legislativo para hacer frente, de la manera más adecuada, a un fenómeno en constante evolución.

**DÉCIMO SEXTA.-** El papel de la Audiencia Nacional en la lucha contra el terrorismo encuentra su justificación: en primer lugar, en la necesidad de un órgano de la jurisdicción ordinaria, pero con competencia en todo el territorio nacional, para el conocimiento y enjuiciamiento de un tipo de criminalidad que excede los límites jurisdiccionales territoriales, y en ocasiones hasta los nacionales; en segundo lugar, desde un punto de vista funcional, dada la necesidad de un órgano especializado con cuerpos policiales especializados en la investigación y enjuiciamiento de una criminalidad compleja y con un componente de repercusión social muy elevado; y en tercer lugar, desde un punto de vista de la especial posición que ocupan los jueces y magistrado encargados de su conocimiento, tanto desde el punto de vista de su seguridad como de su imparcialidad.

**DÉCIMO SÉPTIMA.-** Defendemos la creación de una Fiscalía especial contra el terrorismo centrada en la revisión de los atentados cometidos en nuestro país cuya autoría aún se desconoce (con independencia de que las responsabilidades penales se encuentren prescritas), la oposición a la concesión de beneficios penitenciarios, permisos de salida, progresión de grado o libertad condicional en los casos en los que no se den los requisitos exigidos por la ley (pronóstico favorable de reinserción y/o colaboración activa con la justicia), así como la información de los mismos a las víctimas del terrorismo (que encuentran muy limitada su posibilidad de participación en todo lo referente a la ejecución de las sentencias, limitando la información del Estatuto de la víctima solo a las víctimas que expresamente lo hayan solicitado), podrían ser asumidas por esta Fiscalía específica.

**DÉCIMO OCTAVA.-** En lo que respecta a las medidas previstas en nuestro ordenamiento jurídico limitadoras de derechos fundamentales, debemos decir que el simple hecho de la existencia de la amenaza del terrorismo yihadista sería suficiente para la justificación de su vigencia. El carácter estructural de la amenaza terrorista hace que su regulación deba permanecer de manera estable en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, su vigencia en nuestro ordenamiento jurídico no implica que deban de ser aplicadas por sistema a todos los detenidos por terrorismo. De hecho, el análisis desde un punto de vista cuantitativo de algunas de las medidas, realizado en el capítulo

anterior, ha evidenciado que el recurso a este tipo de medidas se limita a casos muy excepcionales. De esta manera, hemos podido comprobar como en los detenidos por terrorismo en el año 2016, prácticamente en ninguno de los casos se ha procedido a la prórroga de la detención, y el periodo de incomunicación se ha limitado al plazo ordinario previsto en la ley.

Mención especial merecen las nuevas medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales reguladas por vez primera en la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si bien es cierto que, por regla general, se establece la necesidad de autorización judicial para su adopción, se sigue manteniendo la posibilidad de que en los casos de emergencia por la persecución de delitos de terrorismo puedan ser adoptadas en un primer momento por autoridad gubernativa. En este sentido, no podemos obviar las especiales características del terrorismo yihadista y la importancia que juegan las redes sociales o las aplicaciones de mensajería instantánea no solo para la comunicación entre ellos, sino para la captación y el adoctrinamiento de sus miembros. En estos casos, la adopción de una de estas medidas a tiempo puede suponer el boicot de un atentado terrorista y evitar un número elevado de muertos. De ahí que su vigencia este más que justificada.

**DÉCIMO NOVENA.-** Reconocimiento del papel jugado desde su fundación en 1981 por la Asociación de Víctimas del Terrorismo en lo que a la asistencia jurídica a las víctimas del terrorismo se refiere. Destacar la importancia de la posibilidad de personación de las asociaciones de víctimas del terrorismo en los procedimientos como Acusación particular, toda vez que en muchas ocasiones las fianzas impuestas para el ejercicio de la Acción popular impide realmente este derecho; y en segundo lugar, la posibilidad del ejercicio de la acción civil en nombre de la víctimas directamente afectada ahorra un trago especialmente doloroso para muchas víctimas que de esta manera se siente arropada y respaldada.

**VIGÉSIMA.-** La justificación de esta respuesta específica para hacer frente al terrorismo la encontramos en razones de necesidad social para garantizar el derecho

fundamental a la seguridad que tienen todos los ciudadanos, por razón de su eficacia y en el derecho a la justicia debida a las víctimas del terrorismo.

**VIGÉSIMO PRIMERA.-** La necesidad de esta legislación específica para combatir el terrorismo no implica necesariamente que estemos hablando de un derecho penal y un derecho procesal penal del enemigo. Las medidas específicas no suponen excepcionalidad jurídica como defiende el derecho del enemigo. Las medidas específicas suponen limitación de derechos fundamentales y garantías procesales, pero siempre con un límite bien definido: el respeto a su contenido esencial.

No obstante, la defensa de la legitimidad de los Estados para articular respuestas específicas frente al terrorismo no suponen la defensa del “todo vale para combatir el terrorismo”. Esa legitimidad no es ilimitada, sino que reside en la existencia de unos límites claros para evitar excesos en las respuestas de los Estados. De ahí que el primer objetivo de una estrategia antiterrorista, en el ámbito de un Estado de derecho, deba ser el mantenimiento de la democracia, el imperio de la ley (solo la ley, pero toda la ley) y el respeto de los derechos fundamentales.

**VIGÉSIMO SEGUNDA.-** La búsqueda de un proceso efectivo y de medidas eficaces para la investigación y el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo tiene que conjugarse con el necesario respeto a los derechos fundamentales y garantías procesales de los ciudadanos. Del estudio en la evolución de las normas procesales de los países de nuestro entorno, así como del estudio comparativo con nuestro ordenamiento procesal, podemos adelantar dos conclusiones: la primera, la evolución positiva de nuestro ordenamiento jurídico en lo que a respeto de derechos fundamentales se refiere; y segunda, la posición aventajada de nuestro país en cuanto al respeto de garantías procesales en comparación con otros ordenamientos jurídicos.

**VIGÉSIMO TERCERA.-** El fenómeno del terrorismo ha ido evolucionando desde un terrorismo de corte extremista (tanto de derechas como de izquierdas), pasando por un terrorismo nacionalista, hasta llegar actualmente a un terrorismo de

corte yihadista. Esta circunstancia demuestra que, en contra de lo que muchos han defendido y siguen defendiendo, el terrorismo no es algo coyuntural frente al que se puede actuar con medidas temporales (de mayor o menor duración), sino que la amenaza terrorista, por desgracia, es algo estructural de nuestros sistemas democráticos que, aunque de manera evolutiva, no ha dejado de estar presente tanto a nivel nacional como a nivel europeo.

De ahí que, frente a los que defienden (como en el caso de España) que las leyes específicas para combatir el terrorismo deben de ser derogadas ahora que parece poco probable que la organización terrorista ETA vuelva a atacar, sea imprescindible no perder de vista este carácter estructural del terrorismo de los sistemas democráticos. No obstante, la amenaza del terrorismo yihadista, que actualmente pende sobre Europa, bastaría para defender la pertinencia y la vigencia de una regulación específica para hacerle frente.

A la vista de que la amenaza terrorista sigue vigente en España, la necesidad de mantener el catálogo de medidas específicas de lucha contra el terrorismo sigue igualmente vigente. Aunque en algunos casos, será conveniente su adaptación a las nuevas circunstancias, consideramos que con carácter general la regulación de dichas medidas se mantenga estable dentro de nuestro ordenamiento jurídico y no se vea sometida su vigencia o su inclusión en el mismo a cuestiones coyunturales de política criminal.

**VIGÉSIMO CUARTA.-** La victoria del Estado de derecho frente a los terroristas la encontramos en la capacidad de juzgar en un proceso justo y con plenitud de garantías a quienes negaron la vida de tantas víctimas del terrorismo.

El menor homenaje que podemos rendir a las víctimas del terrorismo es vencer al terrorismo con los instrumentos que nos ofrece el Estado de derecho, solo estos instrumentos pero todos los que tiene a su alcance.

## ANEXOS

### **Anexo I. Sentencias dictas por la Audiencia Nacional en materia de terrorismo.**

ETA
SAN 66/1979 de 14 de diciembre (Secc. 1ª)
SAN 17/1980 de 13 de marzo (Secc. 1ª)
SAN 13/6/1980 (Secc. 1ª)
SAN 57/1980 de 26 de junio (Secc.1ª)
SAN 85/1980 de 18 de noviembre (Secc. 1ª)
SAN 95/1980 de 10 de octubre (Secc. 1ª)
SAN 55/1981 (Secc. 1ª)
SAN 29/6/1981 (Secc. 1ª)
SAN 124/1981 de 28 de septiembre (Secc. 1ª)
SAN 169/1981 (Secc.1ª)
SAN 171/1981 de 23 de noviembre (Secc.1ª)
SAN 4/2/1982 (Secc.1ª)
SAN 4/1982 (Secc. 1ª)
SAN 12/1982 de 28 de febrero (Secc.1ª)
SAN 18/1982 de 8 de febrero (Secc. 1ª)
SAN 19/1982 (Secc.1ª)
SAN 21/1982 (Secc.1ª)
SAN 146/1982 (Secc. 1ª)
SAN 154/1982 (Secc.1ª)
SAN 9/1983 de 18 de enero (Secc.1ª)
SAN 2/2/1983 (Secc.1ª)
SAN 58/1983 (Secc. 1ª)
SAN 66/1983 de 23 de mayo (Secc.1ª)
SAN 99/1984 (Secc.1ª)
SAN 34/1985 de 18 de abril (Secc.1ª)
SAN 35/1985 de 18 de abril (Secc. 1ª)
SAN 36/1985 de 19 de abril (Secc.1ª)
SAN 37/1985 de 20 de abril (Secc.1ª)
SAN 108/1985 (Secc.1ª)
SAN 19/1986 (Secc.1ª)
SAN 24/1986 de 30 de abril (Secc.1ª)
SAN 36/1986 de 5 de julio (Secc.1ª)
SAN 48/1986 (Secc.1ª)
SAN 27/1987 (Secc. 1ª)
SAN 28/1987 de 22 de mayo (Secc.1ª)
SAN 5/5/1987 (Secc.1ª)
SAN 1/1988 de 14 de enero (Secc.1ª)
SAN 14/1988 (Secc.1ª)
SAN 35/1988 de 7 de mayo (Secc.1ª)
SAN 78/1988 de 29 de noviembre (Secc.1ª)
SAN 79/1988 de 29 de noviembre (Secc.1ª)
SAN 10/2/1989 (Secc. 1ª)
SAN 49/1989 (Secc.1ª)
SAN 9/1990 de 6 de abril (Secc.1ª)



---

SAN 9/5/1990 (Secc. 1ª)  
SAN 9/4/1991 (Secc.1ª)  
SAN 25/1991 (Secc.1ª)  
SAN 27/1991 de 4 de junio (Secc.1ª)  
SAN 22/1992 de 9 de junio (Secc.1ª)  
SAN 15/5/1993 (Secc. 1ª)  
SAN 20/1993 (Secc.1ª)  
SAN 24/1993 de 9 de junio (Secc. 1ª)  
SAN 16/1994 (Secc.1ª)  
SAN 26/1995 de 19 de junio (Secc. 1ª)  
SAN 27/1995 (Secc.1ª)  
SAN 40/1995 (Secc.1ª)  
SAN 4/1996 (Secc.1ª)  
SAN 36/1996 (Secc.1ª)  
SAN 70/1996 de 19 de diciembre (Secc.1ª)  
SAN 21/1997 (Secc.1ª)  
SAN 38/1997 de 24 de junio (Secc.1ª)  
SAN 68/1997 (Secc.1ª)  
SAN 14/1/1998 (Secc.1ª)  
SAN 17/1998 (Secc.1ª)  
SAN 1/1999 (Secc.1ª)  
SAN 44/1999 (Secc.1ª)  
SAN 11/5/1999 (Secc.1ª)  
SAN 5/2000 (Secc.1ª)  
SAN 6/2001 (Secc.1ª)  
SAN 52/2001 (Secc.1ª)  
SAN 5/2002 (Secc.1ª)  
SAN 25/2002 (Secc.1ª)  
SAN 38/2002 (Secc.1ª)  
SAN 4/2003 (Secc.1ª)  
SAN 15/2003 de 20 de marzo (Secc.1ª)  
SAN 32/2003 (Secc.1ª)  
SAN 21/2005 (Secc.1ª)  
SAN 58/2005 (Secc.1ª)  
SAN 80/2005 (Secc.1ª)  
SAN 34/2007 de 27 de abril (Secc.1ª)  
SAN 9/2009 de 4 de febrero (Secc.1ª)  
SAN 22/4/2010 (Secc. 1ª)  
SAN 47/2011 (Secc.1ª)  
SAN 63/2012 de 31 de julio (Secc.1ª)  
SAN 22/2013 de 13 de marzo (Secc.1ª)  
SAN 23/2013 de 15 de marzo (Secc.1ª)  
SAN 58/2013 de 14 de octubre (Secc.1ª)  
SAN 60/2015 de 2 de diciembre (Secc.1ª)  
SAN 15/1980 de 15 de febrero (Secc. 2ª)  
SAN 98/1981 de 8 de septiembre (Secc. 2ª)  
SAN 106/1981 (Secc. 2ª)  
SAN 110/1981 (Secc. 2ª)  
SAN 4/2/1982 (Secc. 2ª)  
SAN 11/1982 de 5 de febrero (Secc. 2ª)

---

---

SAN 26/1982 (Secc. 2ª)  
SAN 119/1982 de 12 de noviembre (Secc. 2ª)  
SAN 143/1982 de 4 de diciembre (Secc. 2ª)  
SAN 150/1982 de 17 de diciembre (Secc. 2ª)  
SAN 25/1983 de 3 de marzo (Secc. 2ª)  
SAN 37/1983 (Secc. 2ª)  
SAN 61/1983 (Secc. 2ª)  
SAN 33/1984 (Secc. 2ª)  
SAN 34/1984 de 28 de mayo (Secc. 2ª)  
SAN 48/1984 de 5 de junio (Secc. 2ª)  
SAN 60/1984 (Secc. 2ª)  
SAN 86/1984 (Secc. 2ª)  
SAN 11/1985 de 11 de marzo (Secc. 2ª)  
SAN 14/1985 (Secc. 2ª)  
SAN 50/1985 (Secc. 2ª)  
SAN 67/1985 (Secc. 2ª)  
SAN 10/1986 de 26 de febrero (Secc. 2ª)  
SAN 20/1986 (Secc. 2ª)  
SAN 34/1986 (Secc. 2ª)  
SAN 38/1986 (Secc. 2ª)  
SAN 69/1986 (Secc. 2ª)  
SAN 39/1987 (Secc. 2ª)  
SAN 39/1988 (Secc. 2ª)  
SAN 45/1988 (Secc. 2ª)  
SAN 60/1988 (Secc. 2ª)  
SAN 61/1988 (Secc. 2ª)  
SAN 47/1989 de 17 de mayo (Secc. 2ª)  
SAN 54/1989 (Secc. 2ª)  
SAN 69/1989 (Secc. 2ª)  
SAN 79/1989 (Secc. 2ª)  
SAN 82/1989 (Secc. 2ª)  
SAN 18/1990 de 10 de mayo (Secc. 2ª)  
SAN 54/1990 de 18 de octubre (Secc. 2ª)  
SAN 61/1990 (Secc. 2ª)  
SAN 67/1990 (Secc. 2ª)  
SAN 14/1991 (Secc. 2ª)  
SAN 30/1991 (Secc. 2ª)  
SAN 47/1991 (Secc. 2ª)  
SAN 56/1991 de 10 de diciembre (Secc. 2ª)  
SAN 59/1991 (Secc. 2ª)  
SAN 25/1992 (Secc. 2ª)  
SAN 50/1993 (Secc. 2ª)  
SAN 56/1993 (Secc. 2ª)  
SAN 9/1994 de 11 de febrero (Secc. 2ª)  
SAN 12/1994 (Secc. 2ª)  
SAN 20/1994 (Secc. 2ª)  
SAN 27/1994 de 28 de abril (Secc. 2ª)  
SAN 40/1994 (Secc. 2ª)  
SAN 45/1994 (Secc. 2ª)  
SAN 44/1995 (Secc. 2ª)

---

---

SAN 72/1995 (Secc. 2ª)  
SAN 4/1996 de 18 de enero (Secc. 2ª)  
SAN 47/1996 de 2 de julio (Secc. 2ª)  
SAN 16/1997 (Secc. 2ª)  
SAN 22/1999 (Secc. 2ª)  
SAN 79/1999 (Secc. 2ª)  
SAN 40/2000 (Secc. 2ª)  
SAN 41/2000 de 10 de octubre (Secc. 2ª)  
SAN 45/2000 (Secc. 2ª)  
SAN 1/2001 de 11 de enero (Secc. 2ª)  
SAN 3/2001 (Secc. 2ª)  
SAN 21/2001 (Secc. 2ª)  
SAN 23/2001 (Secc. 2ª)  
SAN 28/2001 (Secc. 2ª)  
SAN 33/2001 (Secc. 2ª)  
SAN 4/2002 (Secc. 2ª)  
SAN 6/2002 (Secc. 2ª)  
SAN 26/2002 (Secc. 2ª)  
SAN 51/2002 (Secc. 2ª)  
SAN 23/2004 de 30 de junio (Secc. 2ª)  
SAN 24/2004 (Secc. 2ª)  
SAN 37/2007 de 6 de junio (Secc. 2ª)  
SAN 33/2009 de 5 de mayo (Secc. 2ª)  
SAN 14/2011 de 27 de abril (Secc. 2ª)  
SAN 14/2012 de 30 de abril (Secc. 2ª)  
SAN 22/2012 de 17 de mayo (Secc. 2ª)  
SAN 29/2012 de 18 de junio (Secc. 2ª)  
SAN 2/2014 de 25 de marzo (Secc. 2ª)  
SAN 13/2014 de 12 de junio (Secc. 2ª)  
SAN 2/2015 de 16 de enero (Secc. 2ª)  
SAN 13/1982 de 12 de marzo (Secc. 3ª)  
SAN 14/1982 de 15 de marzo (Secc. 3ª)  
SAN 25/1982 de 1 de abril (Secc. 3ª)  
SAN 47/1982 de 21 de mayo (Secc. 3ª)  
SAN 84/1982 de 22 de noviembre (Secc. 3ª)  
SAN 96/1982 (Secc. 3ª)  
SAN 6/1983 de 28 de enero (Secc. 3ª)  
SAN 19/1983 (Secc. 3ª)  
SAN 52/1983 de 24 de septiembre (Secc. 3ª)  
SAN 67/1984 (Secc. 3ª)  
SAN 13/1985 (Secc. 3ª)  
SAN 17/1985 (Secc. 3ª)  
SAN 20/1985 de 24 de mayo (Secc. 3ª)  
SAN 25/1985 (Secc. 3ª)  
SAN 32/1985 de 16 de junio (Secc. 3ª)  
SAN 33/1985 de 15 de junio (Secc. 3ª)  
SAN 45/1985 (Secc. 3ª)  
SAN 48/1985 (Secc. 3ª)  
SAN 56/1985 (Secc. 3ª)  
SAN 10/1986 (Secc. 3ª)

---

---

SAN 20/1986 (Secc. 3ª)  
SAN 34/1986 (Secc. 3ª)  
SAN 50/1986 (Secc. 3ª)  
SAN 98/1986 (Secc. 3ª)  
SAN 72/1987 (Secc. 3ª)  
SAN 21/1988 (Secc. 3ª)  
SAN 28/1988 (Secc. 3ª)  
SAN 40/1988 (Secc. 3ª)  
SAN 44/1988 de 10 de junio (Secc. 3ª)  
SAN 61/1988 (Secc. 3ª)  
SAN 64/1988 (Secc. 3ª)  
SAN 16/1989 (Secc. 3ª)  
SAN 29/1989 (Secc. 3ª)  
SAN 33/1989 (Secc. 3ª)  
SAN 49/1989 (Secc. 3ª)  
SAN 56/1989 (Secc. 3ª)  
SAN 19/1990 (Secc. 3ª)  
SAN 20/1990 de 16 de marzo (Secc. 3ª)  
SAN 31/1990 de 4 de mayo (Secc. 3ª)  
SAN 33/1990 de 8 de mayo (Secc. 3ª)  
SAN 50/1990 (Secc. 3ª)  
SAN 55/1990 de 3 de noviembre (Secc. 3ª)  
SAN 57/1990 de 8 de noviembre (Secc. 3ª)  
SAN 59/1990 (Secc. 3ª)  
SAN 8/1991 (Secc. 3ª)  
SAN 14/1991 (Secc. 3ª)  
SAN 17/1991 (Secc. 3ª)  
SAN 34/1991 (Secc. 3ª)  
SAN 40/1991 (Secc. 3ª)  
SAN 2/1992 de 25 de enero (Secc. 3ª)  
SAN 25/1992 (Secc. 3ª)  
SAN 17/1993 (Secc. 3ª)  
SAN 44/1993 de 15 de noviembre (Secc. 3ª)  
SAN 20/1994 (Secc. 3ª)  
SAN 12/1995 (Secc. 3ª)  
SAN 37/1995 de 23 de junio (Secc. 3ª)  
SAN 1/1996 de 11 de enero (Secc. 3ª)  
SAN 22/1996 (Secc. 3ª)  
SAN 28/1996 (Secc. 3ª)  
SAN 56/1996 (Secc. 3ª)  
SAN 7/1997 (Secc. 3ª)  
SAN 38/1997 (Secc. 3ª)  
SAN 26/1999 (Secc. 3ª)  
SAN 28/1999 (Secc. 3ª)  
SAN 20/3/2000 (Secc. 3ª)  
SAN 3/2001 (Secc. 3ª)  
SAN 33/2001 de 18 de diciembre (Secc. 3ª)  
SAN 7/2002 (Secc. 3ª)  
SAN 13/2002 (Secc. 3ª)  
SAN 20/2002 de 11 de julio (Secc. 3ª)

---

---

SAN 26/2002 (Secc. 3ª)  
SAN 36/2003 de 17 de octubre (Secc. 3ª)  
SAN 37/2003 de 12 de noviembre (Secc. 3ª)  
SAN 32/2003 (Secc. 3ª)  
SAN 7/2004 (Secc. 3ª)  
SAN 37/2004 (Secc. 3ª)  
SAN 48/2011 de 7 de diciembre (Secc. 3ª)  
SAN 21/2012 de 3 de mayo (Secc. 3ª)  
SAN 28/2012 de 21 de junio (Secc. 3ª)  
SAN 22/2013 de 23 de julio (Secc. 3ª)  
SAN 21/2014 de 18 de septiembre (Secc. 3ª)  
SAN 24/2014 de 13 de octubre (Secc. 3ª)  
SAN 22/2014 de 24 de septiembre (Secc. 3ª)  
SAN 10/2015 de 23 de marzo (Secc. 3ª)  
SAN 11/2015 de 23 de marzo (Secc. 3ª)  
SAN 19/2015 de 5 de mayo (Secc. 3ª)  
SAN 26/2015 de 24 de junio (Secc. 3ª)  
SAN 37/2015 de 8 de octubre (Secc. 3ª)  
SAN 10/2003 (Secc. 4ª)  
SAN 24/2003 (Secc. 4ª)  
SAN 36/2004 (Secc. 4ª)  
SAN 55/2010 de 13 de septiembre (Secc. 4ª)  
SAN 31/2013 de 27 de noviembre (Secc. 4ª)  
SAN 14/3/1981  
SAN 18/9/1981  
SAN 12/7/1982  
SAN 13/7/1982  
SAN 26/11/1982  
SAN 22/3/1983  
SAN 25/5/1983  
SAN 2/2/1984  
SAN 17/5/1984  
SAN 21/5/1984  
SAN 8/10/1984  
SAN 23/4/1985  
SAN 23/9/1985  
SAN 2/12/1985  
SAN 28/4/1986  
SAN 4/10/1986  
SAN 18/12/1986  
SAN 27/4/1987  
SAN 38/1987  
SAN 16/1/1988  
SAN 15/2/1988  
SAN 6/10/1988  
SAN 11/10/1988  
SAN 7/3/1989  
SAN 33/1990  
SAN 74/1990  
SAN 8/2/1991

---

---

SAN 18/3/1992  
SAN 15/3/1993  
SAN 28/9/1993  
SAN 8/10/1993  
SAN 29/11/1993  
SAN 15/11/1994  
SAN 21/3/1994  
SAN 7/4/1995  
SAN 3/11/1995  
SAN 18/12/1995  
SAN 8/2/1996  
SAN 24/5/1996  
SAN 16/4/1997  
SAN 23/1/1998  
SAN 19/1/1999  
SAN 31/3/2000  
SAN 11/4/2000  
SAN 25/9/2000  
SAN 37/2000  
SAN 20/2/2001  
SAN 24/2003  
SAN 19/2/2003  
SAN 10/4/2003  
SAN 7/5/2004  
SAN 30/7/2004  
SAN 28/12/2004  
SAN 11/5/2005  
SAN 12/12/2005  
SAN 16/12/2005  
SAN 2/1/2006  
SAN 30/6/2006  
SAN 6/9/2006  
SAN 27/9/2006  
SAN 15/5/2007  
SAN 6/6/2007  
SAN 4/10/2007  
SAN 29/10/2007  
SAN 72/2007 de 26 de diciembre  
SAN 80/2007 de 4 de diciembre  
SAN 3/6/2008  
SAN 10/3/2010  
SAN 28/7/2010  
SAN 16/11/2010  
SAN 18/5/2011  
SAN 19/5/2011  
SAN 15/11/2011  
SAN 1/3/2016

---

TOTAL

341

---

---

 GRAPO
 

---

SAN 29/1978 de 5 de septiembre (Secc.1ª)  
 SAN 37/1978 de 28 de octubre (Secc.1ª)  
 SAN 47/1978 de 12 de diciembre (Secc.1ª)  
 SAN 50/1982 de 20 de marzo (Secc.1ª)  
 SAN 72/1982 de 10 de mayo (Secc.1ª)  
 SAN 5/1985 de 17 de enero (Secc.1ª)  
 SAN 6/1985 de 18 de enero (Secc.1ª)  
 SAN 7/1985 de 18 de enero (Secc.1ª)  
 SAN 29/1985 de 21 de marzo (Secc.1ª)  
 SAN 62/1985 de 21 de junio (Secc.1ª)  
 SAN 76/1985 de 3 de octubre (Secc.1ª)  
 SAN 77/1985 de 3 de octubre (Secc.1ª)  
 SAN 78/1985 de 3 de octubre (Secc.1ª)  
 SAN 80/1985 de 7 de octubre (Secc.1ª)  
 SAN 81/1985 de 7 de octubre (Secc.1ª)  
 SAN 82/1985 de 7 de octubre (Secc.1ª)  
 SAN 83/1985 de 7 de octubre (Secc.1ª)  
 SAN 84/1985 de 7 de octubre (Secc.1ª)  
 SAN 91/1985 de 25 de octubre (Secc.1ª)  
 SAN 92/1985 de 26 de octubre (Secc.1ª)  
 SAN 93/1985 de 26 de octubre (Secc.1ª)  
 SAN 98/1985 de 13 de noviembre (Secc.1ª)  
 SAN 99/1985 de 15 de noviembre (Secc.1ª)  
 SAN 100/1985 de 16 de noviembre (Secc.1ª)  
 SAN 104/1985 de 6 de diciembre (Secc.1ª)  
 SAN 105/1985 de 7 de diciembre (Secc.1ª)  
 SAN 15/2005 de 10 de marzo (Secc.1ª)  
 SAN 30/2005 de 13 de mayo (Secc.1ª)  
 SAN 35/2005 de 25 de mayo (Secc.1ª)  
 SAN 55/2006 de 27 de octubre (Secc.1ª)  
 SAN 16/2007 de 12 de marzo (Secc.1ª)  
 SAN 43/2007 de 8 de junio (Secc.1ª)  
 SAN 86/2007 de 21 de diciembre (Secc.1ª)  
 SAN 11/2008 de 20 de febrero (Secc.1ª)  
 SAN 42/2008 de 23 de junio (Secc.1ª)  
 SAN 65/2008 de 5 de noviembre (Secc.1ª)  
 SAN 69/2008 de 25 de noviembre (Secc.1ª)  
 SAN 8/2009 de 3 de febrero (Secc.1ª)  
 SAN 11/2009 de 6 de febrero (Secc.1ª)  
 SAN 28/2009 de 24 de febrero (Secc.1ª)  
 SAN 36/2009 de 27 de abril (Secc.1ª)  
 SAN 45/2009 de 2 de junio (Secc.1ª)  
 SAN 47/2009 de 3 de junio (Secc.1ª)  
 SAN 68/2010 de 16 de noviembre (Secc.1ª)  
 SAN 7/2011 de 15 de febrero (Secc.1ª)  
 SAN 17/2011 de 14 de abril (Secc.1ª)  
 SAN 33/1979 de 16 de octubre (Secc.2ª)  
 SAN 37/1979 de 7 de noviembre (Secc.2ª)  
 SAN 97/1980 de 16 de diciembre (Secc.2ª)

---

---

SAN 28/1981 de 23 de febrero (Secc.2ª)  
SAN 62/1981 de 14 de mayo (Secc.2ª)  
SAN 80/1981 de 30 de julio (Secc.2ª)  
SAN 90/1981 de 3 de julio (Secc.2ª)  
SAN 72/1982 de 8 de junio (Secc.2ª)  
SAN 78/1983 de 28 de septiembre (Secc.2ª)  
SAN 32/1984 de 24 de mayo (Secc.2ª)  
SAN 38/1984 de 14 de junio (Secc.2ª)  
SAN 40/1984 de 14 de junio (Secc.2ª)  
SAN 45/1984 de 3 de julio (Secc.2ª)  
SAN 46/1984 de 2 de julio (Secc.2ª)  
SAN 47/1984 de 2 de julio (Secc.2ª)  
SAN 50/1984 de 9 de julio (Secc.2ª)  
SAN 51/1984 de 9 de julio (Secc.2ª)  
SAN 71/1984 de 1 de diciembre (Secc.2ª)  
SAN 75/1984 de 5 de diciembre (Secc.2ª)  
SAN 9/1985 de 8 de marzo (Secc.2ª)  
SAN 13/1985 de 25 de abril (Secc.2ª)  
SAN 36/1985 de 28 de junio (Secc.2ª)  
SAN 47/1985 de 16 de septiembre (Secc.2ª)  
SAN 48/1985 de 16 de septiembre (Secc.2ª)  
SAN 61/1985 de 10 de octubre (Secc.2ª)  
SAN 63/1985 de 10 de octubre (Secc.2ª)  
SAN 64/1985 de 11 de octubre (Secc.2ª)  
SAN 65/1985 de 16 de octubre (Secc.2ª)  
SAN 68/1985 de 31 de octubre (Secc.2ª)  
SAN 75/1985 de 23 de noviembre (Secc.2ª)  
SAN 77/1985 de 26 de noviembre (Secc.2ª)  
SAN 78/1985 de 26 de noviembre (Secc.2ª)  
SAN 82/1985 de 12 de diciembre (Secc.2ª)  
SAN 88/1985 de 16 de diciembre (Secc.2ª)  
SAN 31/2006 de 30 de junio (Secc.2ª)  
SAN 9/2008 de 22 de febrero (Secc.2ª)  
SAN 27/2008 de 9 de julio (Secc.2ª)  
SAN 28/2008 de 9 de julio (Secc.2ª)  
SAN 35/2008 de 1 de agosto (Secc.2ª)  
SAN 9/2009 de 6 de febrero (Secc.2ª)  
SAN 74/2009 de 26 de noviembre (Secc.2ª)  
SAN 32/1981 de 19 de noviembre (Secc.3ª)  
SAN 39/1981 de 14 de diciembre (Secc.3ª)  
SAN 36/1982 de 30 de abril (Secc.3ª)  
SAN 38/1982 de 3 de mayo (Secc.3ª)  
SAN 64/1982 de 3 de julio (Secc.3ª)  
SAN 86/1982 de 22 de noviembre (Secc.3ª)  
SAN 21/1984 de 4 de marzo (Secc.3ª)  
SAN 3/1986 de 23 de enero (Secc.3ª)  
SAN 8/1986 de 27 de enero (Secc.3ª)  
SAN 11/1986 de 28 de enero (Secc.3ª)  
SAN 12/1986 de 3 de febrero (Secc.3ª)  
SAN 18/1986 de 18 de febrero (Secc.3ª)

---



---

SAN 21/86 de 8 de marzo (Secc.3ª)  
SAN 22/1986 de 10 de marzo (Secc.3ª)  
SAN 24/1986 de 2 de abril (Secc.3ª)  
SAN 25/1986 de 5 de abril (Secc.3ª)  
SAN 26/1986 de 7 de abril (Secc.3ª)  
SAN 27/1986 de 15 de abril (Secc.3ª)  
SAN 30/1986 de 23 de abril (Secc.3ª)  
SAN 32/1986 de 25 de abril (Secc.3ª)  
SAN 35/1986 de 29 de abril (Secc.3ª)  
SAN 40/1986 de 14 de mayo (Secc.3ª)  
SAN 46/1986 de 6 de junio (Secc.3ª)  
SAN 47/1986 de 9 de junio (Secc.3ª)  
SAN 48/1986 de 9 de septiembre (Secc.3ª)  
SAN 49/1986 de 10 de junio (Secc.3ª)  
SAN 57/1986 de 26 de junio (Secc.3ª)  
SAN 59/1986 de 30 de junio (Secc.3ª)  
SAN 60/1986 de 1 de julio (Secc.3ª)  
SAN 64/1986 de 19 de septiembre (Secc.3ª)  
SAN 67/1986 de 22 de septiembre (Secc.3ª)  
SAN 69/1982 de 7 de octubre (Secc.3ª)  
SAN 73/1986 de 7 de octubre (Secc.3ª)  
SAN 74/1986 de 9 de octubre (Secc.3ª)  
SAN 75/1986 de 10 de octubre (Secc.3ª)  
SAN 18/2006 de 13 de marzo (Secc.3ª)  
SAN 57/2006 de 18 de septiembre (Secc.3ª)  
SAN 62/2006 de 25 de septiembre (Secc.3ª)  
SAN 50/2007 de 31 de julio (Secc.3ª)  
SAN 72/2007 de 13 de diciembre (Secc.3ª)  
SAN 2/2008 de 23 de enero (Secc.3ª)  
SAN 27/2008 de 8 de julio (Secc.3ª)  
SAN 3/2010 de 23 de febrero (Secc.3ª)  
SAN 30/2010 de 5 de mayo (Secc.3ª)  
SAN 10/2011 de 14 de febrero (Secc.3ª)  
SAN 33/2006 de 7 de septiembre (Secc.4ª)  
SAN 38/2006 de 20 de octubre (Secc.4ª)  
SAN 38/2007 de 24 de julio (Secc.4ª)  
SAN 39/2007 de 30 de julio (Secc.4ª)  
SAN 16/2008 de 11 de marzo (Secc.4ª)  
SAN 24/2008 de 18 de abril (Secc.4ª)  
SAN 2/2010 de 13 de enero (Secc.4ª)  
SAN 42/2010 de 9 de julio (Secc.4ª)  
SAN 5/2012 de 8 de febrero (Secc.4ª)  
SAN 34/2012 de 19 de julio (Secc.4ª)

---

TOTAL 142

---

---

YIHADISMO

---

SAN 64/1985 de 22 de junio (Secc. 1ª)  
 SAN 75/1985 de 30 de septiembre (Secc. 1ª)  
 SAN 6/2007 de 7 de febrero (Secc. 1ª)  
 SAN 39/2007 de 28 de mayo (Secc. 1ª)  
 SAN 3/2010 de 11 de enero (Secc. 1ª)  
 SAN 73/2012 de 23 de octubre (Secc. 1ª)  
 SAN 47/2013 de 2 de julio (Secc. 1ª)  
 SAN 21/2014 de 29 de mayo (Secc. 1ª)  
 SAN 25/2016 de 28 de septiembre (Secc. 1ª)  
 SAN 28/2016 de 3 de noviembre (Secc. 1ª)  
 SAN 65/2007 de 31 de octubre (Secc. 2ª)  
 SAN 43/2008 de 26 de febrero (Secc. 2ª)  
 SAN 31/2009 de 30 de abril (Secc. 2ª)  
 SAN 38/2012 de 30 de julio (Secc. 2ª)  
 SAN 23/2015 de 30 de septiembre (Secc. 2ª)  
 SAN 14/2001 de 26 de junio (Secc. 3ª)  
 SAN 26/2003 de 7 de julio (Secc. 3ª)  
 SAN 36/2005 de 26 de septiembre (Secc. 3ª)  
 SAN 6/2008 de 27 de febrero (Secc. 3ª)  
 SAN 39/2016 de 30 de noviembre (Secc. 3ª)  
 SAN 8/2011 de 15 de abril (Secc. 4ª)  
 SAN 20/2012 de 24 de abril (Secc. 4ª)  
 SAN 19/2015 de 24 de junio (Secc. 4ª)  
 SAN 38/2016 de 15 de noviembre (Secc. 4ª)

---

TOTAL 24

---

---

OTROS

---

SAN 35/1978 de 20 de octubre (Secc. 1ª)  
 SAN 17/1980 de 29 de febrero (Secc. 1ª)  
 SAN 38/1982 de 25 de febrero (Secc. 1ª)  
 SAN 48/1985 de 25 de mayo (Secc. 1ª)  
 SAN 79/1985 de 4 de octubre (Secc. 1ª)  
 SAN 106/1985 de 9 de diciembre (Secc. 1ª)  
 SAN 21/2000 de 26 de abril (Secc. 1ª)  
 SAN 25/2014 de 28 de mayo (Secc. 1ª)  
 SAN 53/2014 de 5 de diciembre (Secc. 1ª)  
 SAN 10/1979 de 13 de marzo (Secc. 2ª)  
 SAN 12/1979 de 30 abril (Secc. 2ª)  
 SAN 30/1979 de 28 de septiembre (Secc. 2ª)  
 SAN 43/1979 de 18 de diciembre (Secc. 2ª)  
 SAN 27/1980 de 23 de mayo (Secc. 2ª)  
 SAN 127/1981 de 2 de diciembre (Secc. 2ª)  
 SAN 29/1983 de 8 de marzo (Secc. 2ª)  
 SAN 58/1983 de 26 de mayo (Secc. 2ª)  
 SAN 74/1983 de 12 de julio (Secc. 2ª)  
 SAN 5/1984 de 3 de febrero (Secc. 2ª)  
 SAN 16/1984 de 21 de marzo (Secc. 2ª)  
 SAN 83/1984 de 24 de diciembre (Secc. 2ª)  
 SAN 1/1985 de 26 de enero (Secc. 2ª)  
 SAN 32/1985 de 11 de junio (Secc. 2ª)  
 SAN 81/1985 de 6 de diciembre (Secc. 2ª)  
 SAN 124/1999 de 4 de junio (Secc. 2ª)  
 SAN 2/1981 de 21 de septiembre (Secc. 3ª)  
 SAN 85/1982 de 22 de noviembre (Secc. 3ª)  
 SAN 58/1986 de 30 de junio (Secc. 3ª)  
 SAN 70/1987 de 13 de noviembre (Secc. 3ª)  
 SAN 30/1991 de 20 de septiembre (Secc. 3ª)  
 SAN 18/1993 de 25 de marzo (Secc. 3ª)  
 SAN 11/11/1997 (Secc. 3ª)  
 SAN 19/1999 de 27 de mayo (Secc. 3ª)  
 SAN 23/2011 de 12 de mayo (Secc. 3ª)  
 SAN 24/2013 de 12 de septiembre (Secc. 3ª)

---

TOTAL 35

## Anexo II. Detenidos por terrorismo yihadista en España en 2016.

---

### Información medios de comunicación

---

La Policía Nacional detiene a dos españoles de segunda generación, de origen marroquí y gambiano, por supuesto enaltecimiento de terrorismo yihadista. El País, 28 de diciembre de 2016.

[http://politica.elpais.com/politica/2016/12/28/actualidad/1482918603\\_216708.html](http://politica.elpais.com/politica/2016/12/28/actualidad/1482918603_216708.html)

Los presuntos yihadistas detenidos planeaban atacar en Madrid. Público, 4 de enero de 2017.

<http://www.publico.es/politica/interior/presuntos-yihadistas-detenido-planeaban-atacar.html>

Detenido un preso que avisaba de tramas yihadistas para atacar en España. 12 de diciembre de 2016. El mundo, 12 de diciembre de 2016.

<http://www.elmundo.es/espana/2016/12/12/584ea091ca47418c788b45e0.html>

Vuelve a la cárcel el preso detenido hoy por alertar de atentados yihadistas. El día, 12 de diciembre de 2016.

<http://eldia.es/agencias/8994862-TERRORISMO-YIHADISTA-Vuelve-carcel-preso-detenido-hoy-alertar-atentados-yihadistas>

La Guardia Civil detiene en Segovia a un ex-miembro de los GAL- por su reciente autoadocinamiento en el yihadismo, El Confidencial, 13 de diciembre de 2016.

[http://www.elconfidencial.com/espana/2016-12-13/miembro-gal-detenido-yihadismo-segovia\\_1303016/](http://www.elconfidencial.com/espana/2016-12-13/miembro-gal-detenido-yihadismo-segovia_1303016/)

La Audiencia Nacional envía a prisión al yihadista exmiembro del GAL detenido en Segovia. ABC, 16 de diciembre de 2016.

[http://www.abc.es/espana/castilla-leon/abci-audiencia-nacional-envia-prision-yihadista-exmiembro-detenido-segovia-201612160858\\_noticia.html](http://www.abc.es/espana/castilla-leon/abci-audiencia-nacional-envia-prision-yihadista-exmiembro-detenido-segovia-201612160858_noticia.html)

Detenido en Vitoria un hombre por su relación con el terrorismo yihadista. Noticias de Álava, 30 de noviembre de 2016.

<http://www.noticiasdealava.com/2015/08/01/araba/detenido-en-vitoria-un-hombre-por-su-relacion-con-el-terrorismo-yihadista>

El juez envía a prisión al presunto yihadista de Irún. Eitb, 2 de diciembre de 2016.

<http://www.eitb.eus/es/noticias/sociedad/detalle/4521265/a-prision-presunto-yihadista-irun-planear-atentado/>

Detenido en Irún un supuesto yihadista relacionados con Daesh que tenía previsto viajar a Siria. ABC, 30 de noviembre de 2016.

[http://www.abc.es/espana/abci-detenido-aranjuez-peligroso-actor-solitario-daesh-201611300737\\_noticia.html](http://www.abc.es/espana/abci-detenido-aranjuez-peligroso-actor-solitario-daesh-201611300737_noticia.html)

Detenido en Aranjuez un "peligroso actor solitario" que se autoadiestraba en Internet para cometer atentados terroristas contra la población civil. El País, 30 de noviembre de 2016.

[http://politica.elpais.com/politica/2016/11/30/actualidad/1480487068\\_077387.html](http://politica.elpais.com/politica/2016/11/30/actualidad/1480487068_077387.html)

Prisión para los presuntos yihadistas detenidos en Aranjuez e Irún. Rtv, 2 de diciembre de 2016.

<http://www.publico.es/politica/interior/presuntos-yihadistas-detenidos-planeaban-atentar.html>

La Guardia Civil ha detenido a cuatro presuntos yihadistas en A Coruña y Almería por su integración en redes de inmigración utilizadas por el grupo terrorista Estado Islámico (DAESH). El País, 28 de noviembre de 2016.

[http://politica.elpais.com/politica/2016/08/28/actualidad/1472377344\\_245080.html](http://politica.elpais.com/politica/2016/08/28/actualidad/1472377344_245080.html)

Libertad con cargos para los detenidos por ayudar a yihadistas a entrar en la UE. Faro de Vigo, 1 de diciembre de 2016.

<http://www.farodevigo.es/galicia/2016/12/01/libertad-cargos-detenidos-ayudar-yihadistas/1580747.html>

La Guardia Civil detiene en el aeropuerto de Adolfo Suárez Madrid-Barajas a un hombre de origen palestino que intentaba viajar a Siria para enrolarse en las filas del Daesh, El Confidencial, 27 de noviembre de 2016.

[http://www.elconfidencial.com/espana/2016-11-27/operacion-antiyihadista-guardia-civil-gran-canaria\\_1295902/](http://www.elconfidencial.com/espana/2016-11-27/operacion-antiyihadista-guardia-civil-gran-canaria_1295902/)

Prisión para el yihadista detenido en Barajas por colaboración e intento de integración en Daesh. Europa Press, 28 de noviembre de 2016.

<http://www.farodevigo.es/galicia/2016/12/01/libertad-cargos-detenidos-ayudar-yihadistas/1580747.html>

La policía detiene en Madrid y Barcelona a dos hombres a los que acusa de ser yihadistas plenamente integrados en el Daesh, dispuestos a atacar en España y muy activos en internet, donde hacían proselitismo. El País, 19 de noviembre de 2016.

[http://politica.elpais.com/politica/2016/11/19/actualidad/1479537885\\_652818.html](http://politica.elpais.com/politica/2016/11/19/actualidad/1479537885_652818.html)

Prisión para los yihadistas detenidos en Madrid y Barcelona. El País, 21 de noviembre de 2016.

[http://politica.elpais.com/politica/2016/11/21/actualidad/1479734383\\_879023.html](http://politica.elpais.com/politica/2016/11/21/actualidad/1479734383_879023.html)

La Policía Nacional detiene en Ceuta a cuatro personas -tres hombres y una mujer-, todos de nacionalidad española, presuntos miembros de una célula terrorista dedicada a reclutar y radicalizar a jóvenes y niños para integrarlos al autodenominado Estado Islámico. ABC, 9 de noviembre de 2016.

[http://www.abc.es/espana/abci-detenido-ceuta-cuatro-personas-acusadas-reclutar-jovenes-y-menores-para-daesh-201611090702\\_noticia.html](http://www.abc.es/espana/abci-detenido-ceuta-cuatro-personas-acusadas-reclutar-jovenes-y-menores-para-daesh-201611090702_noticia.html)

Prisión para tres de los cuatro detenidos en Ceuta por reclutar niños para el Estado Islámico. Europa Press, 11 de noviembre de 2016.

<http://www.lavanguardia.com/vida/20161111/411796346429/prision-para-tres-de-los-cuatro-detenido-en-ceuta-por-reclutar-ninos-para-el-estado-islamico.html>

La Guardia Civil detiene en Calahorra (La Rioja) a un presunto yihadista por actividades relacionadas con el Daesh.. El Español, 26 de octubre de 2016.

[http://www.elespanol.com/espana/20161026/165983531\\_0.html](http://www.elespanol.com/espana/20161026/165983531_0.html)

Prisión incondicional para el presunto yihadista detenido en Calahorra. Europa Press, 28 de octubre de 2016.

[http://www.diariodenavarra.es/noticias/sucesos/2016/10/28/prision\\_para\\_presunto\\_yihadista\\_detenido\\_calahorra\\_495131\\_3204.html](http://www.diariodenavarra.es/noticias/sucesos/2016/10/28/prision_para_presunto_yihadista_detenido_calahorra_495131_3204.html)

Detenidos dos imanes en Ibiza por adoctrinar a niños en el yihadismo. El País, 25 de octubre de 2016.

[http://politica.elpais.com/politica/2016/10/25/actualidad/1477372374\\_311365.html](http://politica.elpais.com/politica/2016/10/25/actualidad/1477372374_311365.html)

El juez envía a prisión a los imanes de Ibiza por “alto riesgo de fuga”. El mundo, 28 de octubre de 2016.

<http://www.elmundo.es/baleares/2016/10/28/58134180ca474187748b4607.html>

Detenidos 4 miembros de dos células yihadistas en España y Marruecos. El País, 12 de octubre de 2016.

[http://politica.elpais.com/politica/2016/10/12/actualidad/1476251928\\_056138.html](http://politica.elpais.com/politica/2016/10/12/actualidad/1476251928_056138.html)

La Audiencia Nacional envía a prisión al detenido en Altea tras negar su vinculación al yihadismo. Diario Información, 17 de octubre de 2016.

<http://www.diarioinformacion.com/alicante/2016/10/15/audiencia-nacional-envia-prision-detenido/1816843.html>

Detenidos en España dos marroquíes por pertenecer al aparato propagandístico del EI. El Español, 11 de octubre de 2016.

[http://www.elespanol.com/espana/20161011/162234011\\_0.html](http://www.elespanol.com/espana/20161011/162234011_0.html)

Tres presuntos yihadistas del Estado Islámico detenidos en Barcelona y Melilla. El Confidencial, 28 de septiembre de 2016.

[http://www.elconfidencial.com/espana/2016-09-28/tres-presuntos-yihadistas-detenidos-en-barcelona-y-melilla\\_1266979/](http://www.elconfidencial.com/espana/2016-09-28/tres-presuntos-yihadistas-detenidos-en-barcelona-y-melilla_1266979/)

Prisión para los tres presuntos yihadistas en la operación conjunta de España, Alemania y Bélgica. Rteve, 1 de octubre de 2016.

<http://www.rtve.es/noticias/20161001/prision-para-tres-presuntos-yihadistas-detenidos-operacion-conjunta-espana-alemania-belgica/1417600.shtml>

Detienen a dos presuntos yihadistas del Estado Islámico en Valladolid y Murcia. El Confidencial, 26 de septiembre de 2016.

[http://www.elconfidencial.com/espana/2016-09-26/yihadistas-policia-detiene-murcia-valladolid-isis-estado-islamico\\_1265512/](http://www.elconfidencial.com/espana/2016-09-26/yihadistas-policia-detiene-murcia-valladolid-isis-estado-islamico_1265512/)

Prisión incondicional para el yihadista detenido en Valladolid. Cadena Ser, 27 de septiembre de 2016.

[http://cadenaser.com/ser/2016/09/27/tribunales/1475009049\\_279088.html](http://cadenaser.com/ser/2016/09/27/tribunales/1475009049_279088.html)

En libertad el hombre arrestado en Murcia por colaborar con un yihadista. La Opinión de Murcia, 28 de septiembre de 2016.

<http://www.laopiniondemurcia.es/murcia/2016/09/27/murcia-ampl--prision-incondicional/770607.html>

Un detenido en Manresa por divulgar el ideario del Estado Islámico. El País, 14 de septiembre de 2016.

[http://politica.elpais.com/politica/2016/09/14/actualidad/1473830554\\_029151.html](http://politica.elpais.com/politica/2016/09/14/actualidad/1473830554_029151.html)

Prisión para el marroquí detenido en Manresa por su apoyo a la yihad. ABC, 16 de septiembre de 2016.

[http://www.abc.es/espana/abci-prision-para-marroqui-detenido-manresa-barcelona-apoyo-yihad-201609161701\\_noticia.html](http://www.abc.es/espana/abci-prision-para-marroqui-detenido-manresa-barcelona-apoyo-yihad-201609161701_noticia.html)

Detenidos dos hermanos de origen marroquí en Arbúcies (Girona) por presunta financiación del Daesh. El Español, 1 de agosto de 2016.

[http://www.elespanol.com/reportajes/grandes-historias/20160729/143736538\\_0.html](http://www.elespanol.com/reportajes/grandes-historias/20160729/143736538_0.html)

Prisión para los dos hermanos marroquíes por pertenecer y financiar al Estado Islámico. El País, 29 de julio de 2016.

[http://ccaa.elpais.com/ccaa/2016/07/29/catalunya/1469747382\\_797454.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2016/07/29/catalunya/1469747382_797454.html)

Detenidos tres hermanos paquistaníes en Lérida por enaltecer el terrorismo yihadista. ABC, 1 de julio de 2016.

[http://www.abc.es/espana/catalunya/abci-detenido-tres-paquiistanies-lleida-enaltecer-terrorismo-yihadista-201607010754\\_noticia.html](http://www.abc.es/espana/catalunya/abci-detenido-tres-paquiistanies-lleida-enaltecer-terrorismo-yihadista-201607010754_noticia.html)

A prisión los tres supuestos yihadistas detenidos en Lérida. ABC, 4 de julio de 2016.

[http://www.abc.es/espana/abci-prision-tres-supuestos-yihadistas-detenido-lerida-201607041540\\_noticia.html](http://www.abc.es/espana/abci-prision-tres-supuestos-yihadistas-detenido-lerida-201607041540_noticia.html)

Detenido en Valencia un marroquí por captación y enaltecimiento del terrorismo yihadista. ABC, 7 de junio de 2016.

[http://www.abc.es/espana/abci-detenido-valencia-marroqui-captacion-y-enaltecimiento-terrorismo-yihadista-201606070916\\_noticia.html](http://www.abc.es/espana/abci-detenido-valencia-marroqui-captacion-y-enaltecimiento-terrorismo-yihadista-201606070916_noticia.html)

Un detenido en L'Hospitalet por difundir propaganda yihadista. El País, 31 de mayo de 2016.

[http://ccaa.elpais.com/ccaa/2016/05/31/catalunya/1464665905\\_756934.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2016/05/31/catalunya/1464665905_756934.html)

Cuatro detenidos en Madrid por presunto adoctrinamiento y captación yihadista. El País, 3 de mayo de 2016.

[http://politica.elpais.com/politica/2016/05/03/actualidad/1462253455\\_362395.html](http://politica.elpais.com/politica/2016/05/03/actualidad/1462253455_362395.html)

Prisión para los cuatro presuntos yihadistas detenidos en Madrid por captar y adoctrina adeptos en Internet. Europa Press, 5 de mayo de 2016.

<http://www.europapress.es/nacional/noticia-prision-cuatro-presuntos-yihadistas-detenido-madrid-captar-adoctrinar-adeptos-internet-20160505140929.html>

Detienen a una persona en una operación antiyihadista en Rentería. El mundo, 5 de abril de 2016.



<http://www.elmundo.es/pais-vasco/2016/04/05/5703aac446163f9c2f8b456e.html>

En libertad, con retirada de pasaporte, el detenido en Errenteria vinculado al yihadismo. Deia, 6 de abril de 2016.

<http://www.deia.com/2016/04/06/politica/euskadi/continua-en-dependencias-policiales-el-detenido-en-errenteria-vinculado-al-yihadismo->

Detenido en Málaga un hombre que vendió armas para atacar en París. El País, 12 abril. 2016.

[http://politica.elpais.com/politica/2016/04/13/actualidad/1460552473\\_054104.html](http://politica.elpais.com/politica/2016/04/13/actualidad/1460552473_054104.html)

Prisión para el detenido por vender armas a uno de los yihadistas de París. Europa Press, 13 de abril de 2016.

<http://www.europapress.es/nacional/noticia-detenido-malaga-persona-acusada-suministrar-armas-autor-atacados-paris-enero-2015-20160413144016.html>

Un detenido en Palma de Mallorca por reclutar combatientes del ISIS. El País, 19 de abril de 2016.

[http://politica.elpais.com/politica/2016/04/19/actualidad/1461045530\\_395003.html](http://politica.elpais.com/politica/2016/04/19/actualidad/1461045530_395003.html)

Prisión para el yihadista detenido en Palma por preparar un atentado en España. El mundo, 21 de abril de 2016.

<http://www.elmundo.es/baleares/2016/04/21/57188c20e2704eed3c8b457b.html>

Detenida en Algeciras una pareja por su presunta relación con el ISIS. El País, 16 de abril de 2016.

[http://politica.elpais.com/politica/2016/04/16/actualidad/1460793130\\_844946.html](http://politica.elpais.com/politica/2016/04/16/actualidad/1460793130_844946.html)

Prisión para la pareja detenida en Algeciras cuando iba a viajar a Marruecos para unirse a la yihad. El mundo, 18 de abril de 2016.

<http://www.elmundo.es/espana/2016/04/18/57150638ca474132118b459a.html>

La Guardia Civil detiene a un individuo en Ceuta por difusión de propaganda del Estado Islámico. One Magazine, 25 de febrero de 2016.

<http://www.onemagazine.es/nacional-seguridad-detenido-ceuta-radicalizacion-yihadismo?platform=hootsuite>

Cuatro detenidos por captación de yihadistas en Ceuta y Marruecos. El País, 23 de febrero de 2016.

[http://politica.elpais.com/politica/2016/02/23/actualidad/1456212478\\_578728.html](http://politica.elpais.com/politica/2016/02/23/actualidad/1456212478_578728.html)

Los yihadistas detenidos fingían tener una ONG y enviaban armas a Siria. El País, 7 de febrero de 2016.

[http://politica.elpais.com/politica/2016/02/07/actualidad/1454831830\\_034823.html](http://politica.elpais.com/politica/2016/02/07/actualidad/1454831830_034823.html)

Prisión para 6 detenidos por enviar armas al Daesh como ayuda humanitaria. EFE, 9 de febrero de 2016.

<http://www.efe.com/efe/espana/politica/prision-para-6-detenidos-por-enviar-armas-al-daesh-como-ayuda-humanitaria/10002-2834924>

## BIBLIOGRAFÍA

ALONSO, R/DOMÍNGUEZ, F/GARCÍA REY, M: *Vidas Rotas. Historia de los hombres, mujeres y niños víctimas de ETA*. Espasa. Madrid. 2010.

ALONSO, R: “Amenaza permanente y global”, *El mundo* 23/3/2015.

ÁLVAREZ CONDE, E/GONZÁLEZ, H: “Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales”. *ARI* N° 7/2006, Real Instituto Elcano. 19/1/2006.

ASENCIO MELLADO, J.M: *La Audiencia Nacional: una visión crítica*. Documento de trabajo 29/2003. Fundación Alternativas. 2003.

AVILÉS, J: *El terrorismo en España: de ETA a Al Qaeda*. Ed. Arco Libros. Madrid. 2010.

BACHMAIER WINTER, L: “Intervenciones telefónicas y derechos de terceros en el proceso penal”, en *Revista de derecho procesal*, nº 1-3, 2004. Págs. 41-82.

BANACLOCHE PALAO, J: *La libertad personal y sus limitaciones: detenciones y retenciones en el Derecho español*. Ed. Mc Graw Hill. Madrid. 1996.

BANACLOCHE, J/ZARZALEJOS, J: *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*. La Ley, Madrid, 2011.

BARRENECHEA, L: “El respeto a los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo en España”, en *Comentario*, febrero 2009. FRIDE.

BENAVENTE, C: *Los supuestos de detención en los casos de terrorismo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007.

BERDUGO, I: “Derecho represivo en España durante los periodos de guerra y postguerra (1936-1945)”, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 3 monográfico. Madrid. 1980.

BERISTAIN IPIÑA, A: *Víctimas del terrorismo. Nueva justicia, sanción y ética*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007.

BINDER, A.: *Introducción al Derecho penal*. Ed. Ad Hoc. Buenos Aires. 1999.

CABEZUDO BAJO, M.J: *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, Ed. Iustel. Madrid. 2004.

CAMPO MORENO, J.C: *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*. Ed. General de Derecho. Valencia. 1997.

CAMPO MORENO, J.C: *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: la LO 2/2015*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015.

CANCIO MELIÁ, M.: “‘Derecho penal’ del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, en Jueces para la democracia, ISSN 1133-0627, Nº 44, 2002.

CANCIO MELIÁ, M.: “De nuevo ¿Derecho penal del enemigo? en JAKOBS, G./ CANCIO MELIÁ, M: *Derecho penal del enemigo*, 2ª Ed., Civitas, 2006.

CANCIO MELIÁ, M: *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Ed. Reus. Madrid. 2010.

CARRETERO SÁNCHEZ, A: “Las intervenciones telefónicas”, en Diario La Ley nº 7117, 18 de febrero 2009, ref- D-51, págs. 1575-1578.

CASONAVA MARTÍ, R: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Bosch Editor. 2014.

CATALINA BENAVENTE, M.A: *Hacia un sistema penal orientado a las víctimas. El estatuto penal, procesal y asistencia de las víctimas del terrorismo en España*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.

COBO DEL ROSAL, M/BAJO FERNÁNDEZ, M: La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión, en *Comentarios a la legislación penal Tomo XI*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1990.

COBO DEL ROSAL, M: *Tratado de Derecho procesal penal español*. Ed. Cesej. Madrid. 2008.

DAMIÁN MORENO, J: “¿Un derecho procesal para enemigos?”, en *Revista de derecho procesal*, nº1, 2005, págs. 101-116.

DE LA CORTE IBÁÑEZ, L: *La lógica del terrorismo*. Alianza Editorial. Madrid. 2006.

DE LA CUESTA, J.L: “Financiación del terrorismo y responsabilidad penal en derecho español”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A: *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario. Un análisis crítico*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.

DE LA CUESTA, J.L/VARONA, G: “Justicia restaurativa y victimización terrorista: cuestiones críticas y salvaguardias prácticas”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L (dir.): *Terrorismo e impunidad: significado y respuestas desde la justicia victimal*. Dilex. Madrid. 2014, págs. 87-98.

DÍEZ-PICAZO, J.M: *Sistema de derechos fundamentales*. Ed. Civitas. Madrid. 2013.

DÍEZ RIPOLLÉS, JL: “La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003”, en *Revista Electrónica de Ciencia Pena y Criminología*. RECPC 08-07 (2006).

ECHANO BASALDÚA, J.I (coord.): *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*. Universidad de Deusto. Bilbao. 2002.

ECO, U/ GARZÓN, B/ GONZÁLEZ, F/ GOYTISOLO, J/ KEPEL, G/ LE CARRÉ, J/ RASHID, A/ RUSHDIE, S/ W.SAID, E/ SARAMAGO, J/ SONTAG, S/ VARGAS LLOSA, M: *El mundo después del 11 de septiembre de 2001*. Ed. Península-Atalaya. Barcelona. 2002.

ESPINA RAMOS, J.A: La lucha contra la delincuencia organizada transnacional y su reflejo en el ordenamiento español, con especial referencia a la euroorden. *Revista del Ministerio Fiscal*, ISSN 1135-0628, N°. 12, 2004, págs. 9-48.

ESTRELLA RUIZ, M: “Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc.”, en VELASCO NÚÑEZ, E (coord.): *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*. Revista Consejo General del Poder Judicial. Madrid. Mayo 1996, págs.. 353-391.

FERNÁNDEZ SEGADO, F: “La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales”, en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) nº 35, septiembre-octubre 1983, págs. 123-182.

FERRER, M/ CANCIO, M/ LANDA, J.M/CAÑADA, EF/ ELOSÚA, J.M, EZEIZABARRENA, X/ LAZCANO, I/ LASAGABASTER, I: *Derecho, libertades y razón de Estado (1996-2005)*. Ed. Lete. Pamplona. 2005.

FERRAJOLI, L: *Derechos y garantías* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi). Ed. Trotta. Madrid. 2004.

FICHTE, J.G.: *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, edición de Félix Meiner Verlag, Hamburg, 1960.

GALLEGOS MORENO, A: “La inviolabilidad del domicilio y la diligencia de entrada y registro en domicilios particulares (Teoría/Práctica de la jurisdicción)”, en Revista *Jueces para la democracia*, nº 1, 1987. Págs. 31-34.

GARCÍA MORILLO, J: *El derecho a la libertad personal*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1995.

GARCÍA SAN PEDRO, J: *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*. Centro de Estudios Judiciales. Madrid. 1993.

GIMENO SENDRA, JV/ MORENO CATENA, V/CORTÉS DOMÍNGUEZ, V: *Derecho procesal: proceso penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1993.

GIMENO SENDRA, V: “La intervención de las comunicaciones”, en Diario la Ley nº 7192, 9 de junio 2009, ref. D-210, págs. 1916 a 1926.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L: *Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*. Lección inaugural del curso 2005/06 UNIVERSARI UJI. Castellón de la Plana.

GRACIA MARTÍN, L.: “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, RECPC 07-02 (2005).

GRACIA MARTÍN, L.: “El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo”, en libro *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas 2005, págs. 447 y ss.

GÓMEZ COLOMER, J.L/GONZÁLEZ CUSSAC, J.L: *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2006.

GUTIERREZ-ALVIZ CONRADI, F: *La criminalidad organizada ante la justicia*. Universidad de Sevilla. Sevilla. 1996.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J: “Rapidez y reforma de proceso penal”, *Jueces para la democracia*, ISSN 1133-0627, Nº 44, 2002, págs. 28 y ss.

HINOJOSA SEGOVIA, R: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*. Ed. Editoriales de Derecho reunidas. EDERSA. 1996.

IBARRA ROBLES, J.L.: “Tópicos políticos y deslegitimación del poder judicial. El caso de los jueces en la Comunidad Autónoma del País Vasco”, en *Revista UNED Teoría y realidad Constitucional*, núms. 8-9, 2º semestre 2001/1º semestre 2002, págs. 217-234.

IGNATIEFF, M: *El mal menor. Ética política en una era de terror*. Ed. Taurus. Madrid. 2004.

JAKOBS, G.: “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, en *ZStW*, núm. 97, 1985, págs. 751-785; publicado en castellano como Jakobs, G.: “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, (traducción de Enrique Peñaranda Ramos), en Jakobs, G.: *Estudios de Derecho penal*, Civitas, 1997.

JAKOBS, G.: “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart”, en Eser, A./Hassemer, W/Burkhardt, B.: *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, CH Beck, 2000, págs. 47 y ss., traducido al castellano como JAKOBS, G.: “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, (Traducción de Teresa Manso Porto), en AAVV.: *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 20, 1999, págs. 137 y ss., y publicado en forma de monografía por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000; así como en JAKOBS, G.: “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente” (comentario), (traducción de Teresa Manso Porto), en MUÑOZ CONDE, F (Coord. Versión española): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 53 a 64. Y por último en JAKOBS, G.: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho penal del enemigo*. Civitas, 2006 (2ª edición), págs. 21-56, traducido por Manuel Cancio Meliá del original en alemán JAKOBS, G.: “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, en Hsu, F-H. (Ed.): *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure: an anthology in memory of professor Fu-Tseng Hung*, Taipei, 2003, págs. 41 y ss.

JAKOBS, G.: “Personalidad y exclusión en Derecho penal” en JAKOBS, G.: *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, 2004, págs. 66 y 67.



JAKOBS, G.: “Terroristen als Personen im Recht”, ponencia defendida en la mesa redonda sobre el tema “Guerra contra el terror-consecuencias para el Derecho penal de un Estado de derecho”-, celebrada en el marco de la Strafrechtslehrertagung (convención anual de profesores de Derecho penal de lengua alemana) celebrada en Frankfurt an der Oder el día 8.5.2005 y publicada en *ZStW* 117 [2005], fasc 4 (traducción al castellano por Manuel Cancio Meliá y publicada en JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho penal del enemigo*. Civitas, 2006 (2ª edición), págs. 57-83.

JAKOBS, G.: “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente” (comentario), (traducción de Teresa Manso Porto), en MUÑOZ CONDE, F (Coord. Versión española).: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 53 a 64.

JAKOBS, G.: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G./ CANCIO MELIÁ, M: *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2006.

JAKOBS, G: “En los límites de la orientación jurídica: derecho penal del enemigo” en JAKOBS, G/POLAINO-ORTS, M: *Terrorismo y Estado de Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2009).

JIMÉNEZ CAMPO, J: “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 7, Núm. 20, Mayo-Agosto 1987. Págs. 35-82.

JUANATEY DORADO, C: “La intervención de las comunicaciones de los internos con sus abogados defensores en el ámbito penitenciario. Doctrina Constitucional”, en *Revista General de Derecho Penal* nº 15, mayo 2011.

LANDA GOROSTIZA, J.M: *Documentación de la tortura en detenidos incomunicados en el País Vasco desde el 2000 al 2008: Abordaje científico*. Dirección de Derechos Humanos, Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social, Gobierno Vasco, 31 marzo 2009.

LAMARCA PEREZ, C: *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid. 1985.

LAMARCA PÉREZ, C: “Legislación penal antiterrorista: análisis crítico y propuestas”, en *Revista Azpilcueta* 20, Fundación Euskalmedia. 2008, págs. 199-214.

LLOBET ANGLÍ, M: *Derecho penal del terrorismo: límites de su punición en un Estado democrático*. La Ley. Madrid. 2010.

LÓPEZ GARRIDO, D: *Terrorismo. Política y Derecho*. Alianza Editorial. Madrid. 1987.

MARCHENA GÓMEZ, M/GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N: *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Ed. Castillo de Luna. Madrid. 2015.

MARTÍNEZ GARCÍA, E: *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009.

MASFERRER, A: *Estado de Derecho y Derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Una aproximación multidisciplinar (histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica)*. Ed. Aranzadi. Navarra. 2011.

MAYORDOMO RODRIGO, V: “La lucha internacional contra la impunidad”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L (dir.): *Terrorismo e impunidad: significado y respuestas desde la justicia victimal*. Dilex. Madrid. 2014, págs. 15-36.

MENDOZA BUERGO, B.: *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, 2001.

MESTRE DELGADO, E: *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1987.

MILL, J.: *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, 2005

MIRÓ LLINARES, F: “Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001” en *Cuadernos de política criminal*, ISSN 0210-4059, Nº 87, 2005, págs. 185-228.

MIRÓ LLINARES, F.: “Persona o enemigo; vigencia real o postulada de las normas; Estado de derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro *Derecho penal del enemigo* de Günter Jakobs y Manuel Cancio Meliá, en *Revista de la Facultad de ciencias sociales y jurídicas de Elche*, Volumen I, Número 1, Julio 2006.

MIRÓ LLINARES, F.: “El Derecho penal frente al terrorismo: enemigo en tiempos de crisis ¿amigo en periodos de final dialogado?, en *El reconocimiento de las víctimas del terrorismo a través de la legislación y la jurisprudencia* (coord. por Alexandre H. Català i Bas, Fernando García Mengual), Ed. Valencia : Cátedra de Derecho Autonómico Valenciano, 2013, págs. 177-214.

MORENO CATENA, V: “El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa” en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

MORENO CATENA, V/CORTÉS DOMÍNGUEZ, V: *Derecho procesal penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015.

MUÑOZ CONDE, F.: “El nuevo Derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado ‘Derecho penal del enemigo’”, en *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, coord.: Guillermo Portilla Contreras, Universidad Internacional de Andalucía, Ed. AKAL, Madrid. 2005. Pág. 167 y ss y en LOSANO, M/MUÑOZ CONDE, F (coord..): *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MUÑOZ CONDE, F: De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal del enemigo, *Revista penal*, ISSN 1138-9168, Nº 23, 2009, págs. 73-114.

NÚÑEZ CASTAÑO, E: *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.

NAVAS SÁNCHEZ, M: “¿Inviolabilidad o intimidad domiciliaria?”, en *Revista de Derecho Político* nº 81. UNED. Mayo-agosto 2011. Págs. 155-198.

ORBEGOZO ORONÓZ, I/PÉREZ MACHÍO, A.I/ PEGO OTERO, L: *La suspensión individual de derecho en supuestos de terrorismo: especial consideración de la detención incomunicada*. Ararteko. Colección Derechos Humanos “Juan San Martín”. Vitoria. 2009.

PÉREZ MACHÍO, A.I: “La detención incomunicada en los supuestos de terrorismo: ¿una medida lesiva de derechos humanos?”, en *Aplicación de la normativa antiterrorista* ISBN: 978-84-692-3431-0. Universidad del País Vasco. 2008, págs. 167-202.

PÉREZ MACHÍO, A.I: “¿Garantismo versus impunidad?”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L (dir.): *Terrorismo e impunidad: significado y respuestas desde la justicia victimal*. Dilex. Madrid. 2014, págs. 37-86.

PÉREZ ROYO, J (dir.)/CARRASCO DURÁN, M (coord.): *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*. Marcial Pons. Madrid, 2010.

PORTILLA CONTRERAS, G.: “Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo”, en *Jueces para la democracia*, ISSN 1133-0627, Nº 49, 2004, págs. 43-50.

PORTILLA CONTRERAS, G: *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007.

PORTILLA CONTRERAS, G/PÉREZ CEPEDA, A.I: *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*. Ed. Ratio Legis. Salamanca. 2016.

PORTERO DE LA TORRE, L/PORTERO DE LA TORRE, R: *Estudio jurídico de los delitos tipificados en el artículo 578 del Código Penal*. Ed. Dilex. 2014.

PRIETO RODRÍGUEZ, J.I: “Entrada y registro domiciliario en el proceso penal”, en *Revista de derecho penal y criminología*, nº 6, 1996, págs. 859-952.

RAPOPORT, D: “Las cuatro oleadas del terrorismo moderno”. Intervención realizada en las Jornadas Internacionales sobre Terrorismo organizadas por la Fundación Manuel Giménez Abad. Zaragoza. 24/6/2014.

REQUEJO RODRÍGUEZ, P: “¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?”. UNED. *Revista de Derecho Político*, Nº 51. 2001.

RODRÍGUEZ LAINZ, JL: *La intervención en las comunicaciones telefónicas. Su evolución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*. Ed. Bosch. Barcelona. 2002.

RODRÍGUEZ LAINZ, JL: *Estudios sobre el secreto de las comunicaciones. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*. Ed. La Ley. Madrid. 2011.

ROUSSEAU, J.J.: *El contrato social o Principios de derecho político*, Libro II, Capítulo V, edición con estudio preliminar y traducción de María José Villaverde, 4º Ed, Tecnos, Madrid, 2000, págs.. 34 y ss.

ROXIN, C: *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SANTANA VEGA, D: “La pena de libertad vigilada en delitos de terrorismo”, en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX. 2009, págs.. 447-488.

SAVATER, F.: “Las Torres gemelas”, en *El País*, 27/3/2016

SCHÜNEMANN, B.: *Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

SCHILLING, M.: *El nuevo Derecho penal del enemigo*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La expansión del Derecho penal*, Civitas, 2001 (2ª Ed.).

TERRADILLOS BASOCO, J: *Terrorismo y derecho*, Tecnos. Madrid. 1988.

TORRES CHEDRAUI, A.M: *Derechos humanos y búsqueda de la verdad en el proceso penal. Una propuesta de armonización*. Ed. Comares. Granada. 2015.

URIARTE, E: *Terrorismo y democracia tras el 11-M*. Ed. Espasa. Madrid. 2004.

VARONA MARTÍNEZ, G: “Justicia restaurativa en victimizaciones graves”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L (dir.): *Terrorismo e impunidad: significado y respuestas desde la justicia victimal*. Dilex. Madrid. 2014, págs. 99-202.

VÍRGALA FORURIA, E: “La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm. 40. Enero-Abril, 1994. Págs. 61-132.

VIVES ANTON, T.S.: Doctrina constitucional y reforma del proceso penal, en Poder Judicial, ISSN 0211-8815, Nº Extra 2, 1988 (Ejemplar dedicado a: Justicia penal).

WELZEL, H.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Editorial Aguilar, Madrid, 1974.

## **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

STC 25/1981, de 14 de julio

STC 159/1986, de 16 de diciembre

STC 196/1987, de 11 de diciembre

STC 199/1987, de 16 de diciembre

STC 71/1994, de 3 de marzo

STC 22/2003, de 10 de febrero

## DOCUMENTOS ORGANISMOS OFICIALES

### DIARIO DE SESIONES CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

- Diario de Sesiones del Congreso- Comisiones, III Legislatura, núm. 264, de 20 de abril de 1988.
- Diario de Sesiones del Congreso- Comisiones, Justicia e Interior, V Legislatura, núm. 55, de 3 de mayo de 1995. Comparecencia del señor Ministro de Justicia e Interior (Belloch Julbe) para informar sobre actuaciones llevadas a cabo por el Ministerio del Interior relacionadas con la desaparición de Lasa y Zabala.
- Diario de Sesiones del Congreso- Comisiones, Justicia e Interior, VII Legislatura, núm. 110, de 5 de noviembre de 2003. Comparecencia del señor Secretario de Estado de Seguridad (Astarloa Huarte-Mendicoa) para informar sobre información que trasladó al presidente del Gobierno en relación con los cuatros detenidos en Cataluña por su implicación con el terrorismo islamista.
- Diario de Sesiones del Congreso- Comisiones, Justicia, XI Legislatura, núm. 59, de 25 de abril de 2016. Comparecencia de la señora Fiscal General del Estado (Madrigal Martínez-Pereda) para la presentación de la memoria correspondiente al año 2014.
- Diario de Sesiones del Congreso- Comisiones, Justicia e Interior, VII Legislatura, núm. 92, de 31 de marzo de 2003. Comparecencia del señor Director General de la Guardia Civil (López Valdivieso) para informar sobre el trato recibido en dependencias policiales por las personas detenidas relacionadas con el diario “Egunkaria”.

CENTRO ESPAÑOL DE DOCUMENTACIÓN: *Terrorismo y Justicia en España*. Madrid. 1975.

EUROPOL: *TE-SAT 2016, European Union Terrorism Situation and Trend Report 2016/Tendencias y Situación del Terrorismo en la UE (TE-SAT) 2016*.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Memorias de la Fiscalía General del Estado Años 2016, 2015, 2014, 2013, 2012, 2011, 2010, 2009, 2008, 2007, 2006

MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA. DEFENSOR DEL PUEBLO. Informe Anual 2014.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA. DEFENSOR DEL PUEBLO. Informe Anual 2015.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA. DEFENSOR DEL PUEBLO. Informe Anual 2016.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Los Derechos Humanos, el Terrorismo y la Lucha contra el terrorismo*. Folleto informativo nº 32.

OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNDOC): Documento de trabajo sobre *Prevención de los actos terroristas: estrategia de justicia penal que incorpora las normas del Estado de Derecho en la aplicación de los instrumentos de las Naciones Unidas relativos a la lucha contra el terrorismo*. Viena, 2006.

OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNDOC): *Manual de Justicia penal de Naciones Unidas*. Viena, 2009.

## DOCUMENTOS OTROS ORGANISMOS

AMNISTIA INTERNACIONAL: *INFORMES ANUALES SOBRE EL ESTADO DE LOS DERECHOS HUMANOS*, correspondientes a los años 2004 a 2016 e *INFORME Dangerously Disproportionate: The ever-expanding national security state in Europe* (“*Peligrosamente desproporcionado: La expansión continua del estado de seguridad nacional en Europa*”) 2016.

DEUSTO FORUM: *Justicia para la convivencia. Encuentro “Justicia retributiva y restaurativa: su articulación en los delitos de terrorismo”*. Deusto Digital. Junio 2012.



FUNDACIÓN SABINA ARANA: El Derecho penal ante el final de ETA. *Revista Hermes* n° 42. Octubre 2012.

FUNDACIÓN SABINA ARANA: El Derecho penal ante el final de ETA. *Revista Hermes* n° 45. Octubre 2013.

FUNDACIÓN SABINA ARANA: El Derecho penal ante el final de ETA. *Revista Hermes* n° 47. Octubre 2014.

FUNDACIÓN VÍCTIMAS DEL TERRORISMO: *El documento de la Justicia: Principios rectores para un modelo de fin de ETA sin impunidad*". Madrid, 23 de noviembre de 2010.

NAVIT (Network of Associations of Victims of Terrorism) *Carta Europea de Derechos de las Víctimas del terrorismo* (JLS/2008/D1/003). Presentado en Turín en mayo de 2009.

## INFORMACIONES PERIODÍSTICAS

FONSECA, C: *La Audiencia Nacional cifra en 224 el número de atentados mortales de ETA sin esclarecer*. Vozpopuli. 26.1.2017.

JACKOBS, G: Entrevista concedida al diario La Nación, el 26 de julio de 2006.

MERCADO, F: *Un error de la escolta, que revisó el paquete facilitó el atentado contra Fernando de Mateo*. El País. 28/2/1990.

YOLDI, J: *Una carta bomba dirigida a un guardia de prisiones hiere gravemente a una funcionaria de Correos*. El País. 1/3/1990.

YOLDI, J: *Un libro bomba estalla en la Audiencia Nacional y amputa tres dedos al magistrado Jiménez-Alfaro*. El País. 13/6/1996

